

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
(Droit-Economie-Sciences sociales)

THESE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
Droit-Economie-Sciences sociales

DISCIPLINE : DROIT PRIVE
présentée et soutenue publiquement

par

VALERIE GUEDJ

le 22 Novembre 1999

TITRE :

ESSAI SUR LE REGIME JURIDIQUE DES FONDATIONS

Prix de thèse de droit de la Ville de Paris
(attribué en liaison avec l'Association Nationale des Docteurs en Droit)

Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Directeur de la recherche : M. Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

JURY

M. Gérard CHAMPENOIS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Yves LEQUETTE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M^{me} Dominique FENOUILLET, Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)

M. Hervé LECUYER, Professeur à l'Université Paris XII Val-de-Marne

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LA CREATION DES FONDATIONS

TITRE I- ETUDE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS EN DROIT POSITIF

CHAPITRE I- AFFECTATION DE BIENS SANS CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE

CHAPITRE II- AFFECTATION DE BIENS PAR CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE

TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS ET PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS

CHAPITRE I – DES IMPLICATIONS DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION SUR LES PROCEDES CREATEURS

CHAPITRE II- EXISTENCE D'UNE AFFECTATION DE BIENS ET ACTE DE FONDATION: DE L'OPPORTUNITE DE CONSACRER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE

DEUXIEME PARTIE : LA VIE ET LA DISPARITION DES FONDATIONS

TITRE I- EXPOSE DU DROIT POSITIF

CHAPITRE I- REGLES DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES

CHAPITRE II- REGLES DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DES FONDATIONS D'ENTREPRISE

TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DU DROIT POSITIF ET PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS

CHAPITRE I- INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES ET PROPOSITIONS DE REMEDES

CHAPITRE II INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DE LA FONDATION D'ENTREPRISE ET PROPOSITIONS DE REMEDES

INTRODUCTION

« Il y a un temps pour tout, et chaque chose a son heure sous le ciel. Il est un temps pour naître et un temps pour mourir, un temps pour planter et un temps pour déraciner ce qui était planté »¹.

1. Faute de pouvoir échapper à sa destinée, l'homme tente depuis toujours de laisser une trace de son existence terrestre. Il peut satisfaire sa volonté d'immortalité par la procréation. Mais le désir d'immortalité est mieux abouti encore lorsqu'il passe par le patrimoine de l'être humain, son « avoir ». D'abord, parce que les biens laissent deviner la personnalité de leur propriétaire. Ils portent la marque de ses goûts, de ses aspirations. En ce sens, ils sont la projection de la personnalité de l'homme. Ainsi, en transmettant ses biens aux siens (ce que lui permet la liberté testamentaire), l'individu transmet un peu de lui-même². Ensuite, parce que les choses à la différence des êtres vivants sont douées d'immortalité³. Aussi, en déterminant la destination de ses biens à sa mort, l'homme se donne l'illusion de se survivre. Dans le même temps, en organisant la transmission de ses biens, l'individu dispose de moyens de contrôler le devenir de ceux qui lui survivront⁴. On ne pourrait voir dans ces motivations que la marque de la vanité humaine ou, avec un peu

¹ L'Ecclésiaste, III, 1 et 2.

² V. M. Grimaldi, *Droit civil, Successions*, 5^{ème} éd., Litec, 1998, n° 31, qui note que le fait de transmettre ses biens à sa famille fait espérer à chacun que son souvenir perdurera dans l'esprit de ceux qui recueilleront les biens.

³ En ce sens, J. Carbonnier, *Flexible droit*, 7^{ème} éd., L.G.D.J., 1992, p. 282, 283. Pour M. Carbonnier, la perpétuité de la propriété passe nécessairement par la propriété familiale, étant entendu que cette perpétuité ne peut dépasser quatre générations, car « au-delà, tout est brouillard et nuit, à quoi le droit ne doit plus sa garantie ». Voy. également, M. Grimaldi, op. cit., n° 31, selon lequel « dans une certaine réflexion philosophique sur la relation de l'avoir et de l'être, la propriété se justifie, elle-aussi, comme soutien nécessaire à l'existence de l'homme. Celui-ci n'existe que par son objectivation dans les choses auxquelles, parce qu'elles lui appartiennent, il s'identifie ».

⁴ C'est particulièrement net lorsque le legs est assorti de conditions ou de charges : en ce sens, M. Grimaldi, *Les dernières volontés*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, P.U.F., 1994, p. 177 et s. et spéc., p. 186, qui fait valoir que le testateur en insérant des conditions ou charges à caractère personnel « use du pouvoir de l'argent pour brider la liberté d'autrui ; il pérennise au moyen de ses biens son autorité sur les siens ».

plus d'indulgence, une manifestation de l'angoisse de l'homme devant la mort¹, si la destination imprimée aux biens par leur propriétaire n'était pas parfois tournée vers la satisfaction d'autrui. Tel est l'esprit qui anime depuis toujours les fondations.

2. La plus lointaine parenté qu'on puisse trouver aux fondations réside en effet dans le culte des morts². Ainsi, sous l'Antiquité grecque et romaine, les fondations sont intimement liées à la religion. Par la suite, ce culte des morts se transforme en un culte de la commémoration. Ainsi, en œuvrant pour les vivants le souvenir des morts se perpétuera³.

L'histoire des fondations est également celle de la conquête progressive de l'autonomie, tant politique que juridique. Elle est la conquête de l'autonomie juridique en ce que les fondations non dotées de la personnalité juridique ont précédé les fondations personnalisées. On trouve ainsi des fondations non personnalisées dès l'antiquité. Les premières traces des fondations grecques se font jour dès le début de l'époque hellénistique. Les fondations romaines apparaîtront plus tardivement et seront le produit du droit vulgaire et non de la jurisprudence ou de la législation romaine⁴. Le mécanisme juridique employé sous l'antiquité grecque et romaine est celui de la « fondation dépendante », qui se réalise invariablement par le don ou le legs fait à une personne juridique préexistante, collectivité ou personne physique⁵. En fait, il faudra attendre l'époque de Justinien pour trouver les premières traces de la personnalité juridique à propos des églises, monastères et hôpitaux. La personnalité juridique se manifeste sous la

¹ L'apaisement de l'angoisse de la mort est une des justifications traditionnelles de la liberté testamentaire.

² En ce sens, T. Sauvel, Les fondations, leurs origines, leur évolution, R.D.P. 1954, p. 325 et s. et spéc., p. 327 ; J.L. Mestre, Les Fondations dans l'histoire, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, Economica, 1987, p. 11 et s. et spéc., p. 11. Il semble que cette idée n'a pas entièrement disparu des esprits. Ainsi, on a pu proposer l'emploi de la fondation, plus précisément de la fondation-personne morale, pour l'entretien d'une concession centenaire ou perpétuelle concomitamment à la poursuite d'une œuvre d'intérêt général : v. P. Haraoui, Concessions funéraires : leurre ou certitudes, J.C.P. 1995, éd. N, I, p. 1079 et s. et spéc., n° 27.

³ V. E. F. Bruck, Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines, Revue internationale des droits de l'Antiquité, 3^{ème} série, II, 1955, p. 159 et s. et spéc., p. 162-163.

⁴ Ibid, p. 165.

⁵ V. R. Feenstra, Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours : théorie et pratique, Revue internationale des droits de l'Antiquité, 1956, p. 245 et s. et spéc., p. 251 ; J. Imbert, Aperçu historique sur les fondations en droit français, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, Notes et études documentaires, n° 4879, Documentation française, 1989, p. 21 et s. et spéc., p. 22 ; J.L. Mestre, loc. cit., p. 11 ; R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théories, 2^{ème} éd., Paris, Rousseau, 1922, p. 135.

Ainsi en ira-t-il, par exemple, d'époux (Ursinus Rufinus et Domitia Severa) qui donnent à un collège de jeunes gens 400 deniers avec le modus d'orner chaque année de roses la tombe de leur fille.

forme de la reconnaissance des attributs de la personnalité juridique à des hôpitaux chrétiens, dans le but de les distinguer des autres biens ecclésiastiques¹. Au Moyen-Age, le souci de l'Eglise romaine de mettre fin aux droits des seigneurs sur les biens ecclésiastiques situés sur leurs terres est, par ailleurs, relayé par la notion de personne juridique ; les seigneurs se voient ainsi dotés de prérogatives très réduites. Mais ce n'est qu'au 13^{ème} siècle qu'un canoniste, le pape Innocent IV, crée le concept de personnalité juridique².

3. Le Moyen-Age est une période féconde pour les fondations. Ainsi, c'est à cette époque (1443), qu'est créé par Nicolas Rolin, chancelier de Bourgogne, l'Hôtel-Dieu de Beaune. En fait, à cette époque, les fondations de messes et les fondations de charité sont légion. Ce succès s'explique par la peur de l'au-delà : le dépouillement du testateur à la veille de sa mort lui donne une assurance pour l'éternité. Ainsi que l'explique M. Ariès, « le testament a été le moyen religieux et quasi-sacramental de gagner les aeterna sans perdre tout-à-fait les temporalia, d'associer les richesses à l'œuvre du salut. C'est, en quelque sorte, un contrat d'assurance conclu entre l'individu mortel et Dieu, par l'intermédiaire de l'Eglise... »³. Mais, le Moyen-Age est également une époque propice à l'accomplissement d'abus. Ces abus servent d'ailleurs de prétexte à l'intervention du pouvoir royal, dont l'emprise tend à s'étendre et que la puissance économique des fondations inquiète. L'influence de l'autorité royale s'exerce d'abord sous la forme d'une surveillance des juges royaux établie par un édit de décembre 1543 et portant sur les fondations de maladreries et de léproseries. Toutes les personnes morales, y compris les fondations, sont ensuite visées par les ordonnances de 1659 et de 1666, qui interdisent la création d'un nouvel établissement sans une autorisation royale⁴. L'édit d'Aguesseau d'août 1749 a été le point d'aboutissement de cette évolution. Sous couvert de ralentir la création d'établissements de mainmorte et de protéger l'intérêt de la famille des fondateurs, l'édit établit une distinction fondée sur l'utilité publique entre deux catégories de fondations. Ainsi, les fondations qui n'ont « pour objet que la célébration des messes, la subsistance d'étudiants, ou de pauvres ecclésiastiques ou séculiers, des mariages de

¹ V. J. Imbert, loc. cit., p. 22 ; J.L Mestre, loc. cit., p. 12.

² V. R. Feenstra, loc. cit., p. 259 ; J.L Mestre, loc. cit., p. 13.

³ P. Ariès, L'homme devant la mort, Seuil, 1977, p. 90.

⁴ Contra, H. Souleau, L'acte de fondation en droit français, thèse Paris, dactyl., 1969, n° 9, pour lequel ces textes ne visaient que les groupements de personnes et non les fondations.

pauvres filles, écoles de charité, soulagement de prisonniers, ou incendies, ou autres œuvres pieuses de même nature, et également utiles au public » (article 3) sont dispensées d'autorisation du monarque. Pour ce qui est des autres fondations (collèges, hôpitaux et chapelles), elles ne peuvent être créées par testament et lorsqu'elles sont créées par donation, elles doivent obtenir une permission du roi délivrée par des lettres patentes après examen de l'utilité de l'établissement et des biens qui lui sont affectés. L'augmentation du patrimoine des fondations est en outre strictement réglementée : celles-ci ne peuvent recevoir à cause de mort et leurs autres acquisitions sont subordonnées à l'obtention de lettres patentes.

Ces mesures ont sans doute constitué un frein à l'expansion des fondations mais le véritable coup d'arrêt à l'essor des fondations a été porté par la tourmente révolutionnaire. Ainsi, les fondations religieuses sont d'abord la cible des révolutionnaires, qui par un décret du 2 juillet 1790 mettent leurs biens à la disposition de la Nation. La loi du 19 mars 1793 prescrivant que « les biens des hôpitaux, fondations et donations en faveur des pauvres seront vendus dans la forme qui sera réglée par le comité d'aliénation (des biens nationaux) » fait connaître le même sort aux fondations hospitalières¹.

La résurrection des fondations date du Consulat qui entreprend de restaurer les fondations de lits dans les hôpitaux. Devant la multiplication des nouveaux établissements, le Ministère de l'intérieur sollicite l'avis du Conseil d'Etat, conseiller du gouvernement. Celui-ci, par un avis approuvé par décret du 17 janvier 1806, décide que tout nouvel établissement doit être autorisé par décision impériale rendue en Conseil d'Etat après rapport du Ministre de l'intérieur. Cette autorisation est encore aujourd'hui inscrite dans les articles 910 et 937 du Code civil, qui soumettent à autorisation préalable les donations et legs adressés aux hospices, pauvres d'une commune ou établissements d'utilité publique. Ce sont d'ailleurs les seules dispositions que les rédacteurs du Code civil consacreront aux fondations. Le désintérêt des rédacteurs du Code civil à l'égard des fondations n'a cependant pas entravé leur développement.

Ainsi, grâce à l'effort conjugué de la pratique administrative et de la jurisprudence civile, la catégorie des fondations s'est progressivement précisée. Celles-ci ont d'abord été distinguées des établissements publics par l'affirmation de leur caractère privé. Le Conseil

¹ Il n'est pas inintéressant de relever les motifs qui ont décidé les révolutionnaires à nationaliser les fondations hospitalières : la vente des biens des fondations hospitalières est destinée à permettre l'attribution de secours aux plus déshérités. Il s'agit par-là de protéger les propriétés des particuliers : en ce sens, A.M Patault, Introduction historique au droit des biens, P.U.F, 1989, n° 161.

d'Etat a, ensuite, veillé à les distinguer des associations¹. Les fondations ont eu à subir, quoiqu'indirectement, les répercussions de la loi du 30 octobre 1886 qui interdit aux communes d'entretenir et de subventionner les écoles dispensant un enseignement religieux et de celle du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat². La loi du 23 juillet 1987 portant développement du mécénat modifiée en 1990 a constitué la dernière étape de l'évolution du droit des fondations.

4. Ce bref rappel historique met en exergue l'étroite imbrication du Droit public et du Droit privé dans la matière des fondations. Se situant au carrefour du Droit privé³ et du Droit public, les fondations illustrent à leur façon que la distinction Droit public/ Droit privé a tendance à s'estomper⁴. La diversité d'aspects rend cependant la question des fondations rebelle à la synthétisation et est source de complexité⁵.

5. En dépit de sa relative complexité, la matière des fondations connaît à l'heure actuelle un regain d'intérêt. Comme si l'on venait d'en découvrir les bienfaits, les colloques consacrés aux fondations se sont multipliés ces dernières années⁶. La reconnaissance par l'opinion publique et les pouvoirs publics de l'importance du secteur non lucratif n'est sans doute pas étrangère à cette situation.

¹ Louis Canet dans son article (Le régime français des fondations, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 433) observe que c'est après la promulgation de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui a isolé la notion d'association de celle plus générale d'établissement d'utilité publique qu'a été précisé le concept de fondation.

² Sur la question, cf. A. Trasbot, Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques, Mélanges Capitant, Dalloz, 1938, p. 839 et s.

³ L'étude des fondations est traitée dans les ouvrages sur les libéralités : F. Terré et Y. Lequette, Droit civil, Les successions, Les libéralités, 3^{ème} éd., Dalloz, 1997, n° 589 et s. ; J. Flour et H. Souleau, Droit civil, Les libéralités, par H. Souleau, coll. U, Armand Colin, 1982, n° 365 et s. ; H.L.J Mazeaud, Leçons de Droit civil, tome 4, vol. 2, Successions, Libéralités, 5^{ème} éd., par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1413 et s. ; P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les successions, Les libéralités, 4^{ème} éd., par P. Malaurie avec le concours de P.J Claux et N. Gouzigou-Suhas, Cujas, 1998, n° 333 et s. ; A. Sériaux, Les successions, Les libéralités, coll. Droit fondamental, P.U.F, 2^{ème} éd., 1993, n° 67, 68.

⁴ Savatier (Du Droit civil au Droit public, A travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, 2^{ème} éd., L.G.D.J, 1950, p. 85) y a même vu « un terrain d'épreuve pour les rapports du droit civil et du droit public ». V. également, F.X Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, D. 1998, chr., p. 345 et s.

⁵ Peut-être est-ce la raison pour laquelle les thèses consacrées aux fondations se sont le plus souvent limitées à l'étude d'un seul aspect du sujet. Ainsi la thèse de doctorat d'Henri Souleau était-elle consacrée à l'acte de fondation en Droit français. Avant lui, Henri Pahlé faisait porter son étude sur les fondations autonomes en droit français (La création des fondations autonomes en droit positif français, thèse Grenoble, 1939).

⁶ Cf. par ex. Groupe de recherche Droit du patrimoine culturel et naturel : le rôle de la fondation et du trust dans la gestion du patrimoine culturel et naturel, Paris 25 juin 1998 ; 92^{ème} Congrès des Notaires de France, Le monde associatif, Deauville 12/15 mai 1996 ; Colloque de la Fondation Hugot du collège de France, in Le droit des fondations en France et à l'étranger précité.

A ce regain d'intérêt fait, de plus, écho une mutation de la sociologie des fondations. La vocation traditionnelle des fondations dans les domaines religieux et charitables tend à s'estomper au profit des fondations à caractère culturel, scientifique ou pédagogique. Ainsi, parmi les fondations créées entre 1977 et 1997 (soit 89 fondations), à peine 21 fondations interviennent dans le domaine de l'assistance et de la bienfaisance¹. Au cours de cette même période, il est possible de dénombrer 17 fondations intervenant dans le secteur culturel ou artistique², 17 fondations agissant dans le domaine de la santé et de la recherche médicale³ et 10 fondations se consacrant à la formation et à l'enseignement⁴.

Cette évolution correspond d'ailleurs à une évolution du profil du fondateur. Les fondations recouvrent désormais des réalités sociales fort différentes. Ainsi, la fondation n'est plus seulement le moyen pour un mécène fortuné de perpétuer sa mémoire ; elle est également le fait d'entreprises, qui, désireuses d'améliorer leur image de marque auprès du public, décident d'associer leur nom à une œuvre d'intérêt général. La fondation se présente alors comme le support d'une action de communication d'entreprise. Il peut également se faire que la fondation soit créée par des personnes morales de droit public.

¹ Il s'agit des fondations suivantes : la fondation Bersabée, la fondation Abbé Pierre, Pierre-François Jamet, La Fondation abbé Pierre pour le logement des défavorisées, la Fondation Agir contre l'exclusion, la Fondation Borel-Maisonny, la Fondation d'action sociale et culturelle du pays de Montbeliard, la Fondation des orphelins Vitagliano, la Fondation des œuvres hospitalières françaises de l'ordre de Malte, la Fondation Don bosco-Marseille, la Fondation Don bosco-Provence de Paris, La Fondation du bénévolat, la Fondation du grand Orient de France, la Fondation Elf, la Fondation Jean et Jeanne Scelles, la Fondation Julienne Dumeste pour l'innovation sociale et humanitaire, la Fondation La bonne Jeanne, la Fondation Lucien Dreyfus, la Fondation MAIF, la Fondation Pasteur Eugène Bersier, la Fondation pour le logement social, la Fondation solidarité Lorraine Sainte-élisabeth de Nancy, Institution Protestante Saint-Jacques.

² Ce sont les fondations suivantes : Fondation Abbaye de la lucerne d'outre-mer, Fondation Albert Gleizes, la Fondation Angladon-Dubrujeaud, Fondation Bettencourt, Fondation Carzou, la Fondation Daniel et Florence Guerlain, Fondation des pays de France, Fondation Dina Vierny, Fondation Georges Bemberg, Fondation Georges Rouault, Fondation Guy et Louise, Henri et Diane, Jean et Marie-Blanche de Polignac, Fondation Hans Hartung et Anna-Eve Bergmann, Fondation Jacques Toja pour le théâtre, Fondation Meyer pour le développement culturel et artistique, Fondation pour l'intégration, Fondation Renaud, Fondation Francis et Mica Salabert.

³ Fondation Bon Sauveur de Begar, Fondation Bon-Sauveur de Saint-Lô, Fondation Christian Aurenche, Fondation de l'avenir pour la recherche médical appliquée, Fondation française pour la recherche sur l'épilepsie, Fondation Hôpital Saint-Joseph, Fondation-Hôpitaux de Paris, Fondation Jean Dausset-Centre d'étude du polymorphisme humain, Fondation Léonie Chaptal, Fondation Martine Midy, Fondation Médecins sans frontières, la Fondation métallurgique et minière contre la tuberculose, Fondation pour le développement des techniques de suppléance des fonctions vitales, Fondation René Touraine pour la recherche en dermatologie, Fondation Serge Dassault, Fondation Sophia France pour le rayonnement mondial du génie biologique et médical, les Villages de Santé et d'hospitalisation en Altitude.

⁴ Il s'agit de la Fondation communautaire pour l'enseignement et l'éducation, de la Fondation Lacombe, de la Fondation de l'école Polytechnique, de la Fondation des maisons familiales rurales dans le monde, de la Fondation école polytechnique féminine, de la Fondation entreprise, réussite scolaire, de la Fondation Feron-Vrau, de la Fondation irlandaise, de la Fondation Jean-Baptiste Gagne, de la Fondation Jeunesse Avenir Entreprise.

Ainsi, l'institut Curie, fondation reconnue d'utilité publique en 1921, qui se consacre aux recherches scientifiques portant sur les radiations ionisantes et les corps radio-actifs a pu voir le jour grâce à des fonds publics. Le fameux Institut Pasteur, fondation reconnue d'utilité publique en 1887, a également bénéficié d'une aide financière de l'Etat.

6. Ce changement de la physionomie des fondations n'est peut-être pas sans lien avec l'engouement pour les fondations dont semble s'être pris le législateur de cette fin de siècle. Ainsi, en l'espace d'une dizaine d'années, il est possible de dénombrer pas moins de trois lois sur les fondations. La loi du 23 juillet 1987 portant sur le développement du mécénat a, pour la première fois, défini la notion de fondation. Le législateur a repris son ouvrage en 1990 aux fins d'apporter des modifications à la loi de 1987¹. A cette occasion, il créa un nouveau type de fondation, la fondation d'entreprise. Enfin, par une loi du 2 juillet 1996, le législateur a donné naissance à une nouvelle fondation, la Fondation du patrimoine.

7. De la loi du 23 juillet 1987, il est résulté une définition de la fondation. Etymologiquement, la fondation du latin fundo, bâtir, est l'acte de construire, d'ériger. Cette signification première n'est d'ailleurs pas inconnue de notre Droit positif où il est question, par exemple, de fondateurs d'une société pour désigner les initiateurs, les promoteurs de la société². Ce n'est évidemment pas dans cette acception trop générale que le terme de fondation a été défini par le législateur en 1987. L'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 caractérise en effet la fondation comme « l'acte par lequel une ou plusieurs

¹ Pour un commentaire de ces lois, cf. Y.L. Gégout, Fondations : la création d'une institution juridique nouvelle, Petites Affiches 10 nov. 1989, n° 135, p. 4 et s. ; J. Vacherot, Commentaire sur la loi sur le développement du mécénat du 23 juillet 1987, Vie sociale 1989, p. 141 et s. ; P. Legrand, Aperçu du régime des fondations en droit français, Petites Affiches, 4 mai 1990, n° 54, p. 23 et s. ; A. Couret, La loi sur le mécénat, Bulletin Joly, Doct., p. 753 et s. ; E. Alfandari, La loi du 4 juillet 1990, R.T.D. Com. 1990, p. 608 et s. ; E. Baron et X. Delsol, Vers une expansion des fondations, Juris-Association 1991, n° 59, p. 37 et s. ; A. Gobin et J.L. Monnot, Fondations : la nouvelle donne, Aspects juridiques et fiscaux de la loi du 23 juillet 1987, J.C.P. 1987, éd. N, p. 344 et s. ; A. Gobin, La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique, seconde ébauche du statut des fondations en France, J.C.P. 1990, éd. N, I, p. 449 et s. ; C. Debbasch, Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques, D. 1990, chr., p. 269 et s. ; M.H. Maleville, Premières remarques sur la fondation d'entreprise, J.C.P. 1990, éd. E, II, 15901 ; M.H. Maleville, Remarques complémentaires sur la fondation d'entreprise, J.C.P. 1990, éd. E, I, 98 ; Y. Streiff, La loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions sur le Mécénat, Bulletin Joly 1990, p. 835 et s. ; J. Vacherot, Les fondations françaises, d'utilité publique, des origines à la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, Juris-Association 1991, n° 59, p. 20 et s. ; F. Zénati, La loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, R.T.D.C 1987, p. 803 et s.

² Le terme de fondation a également été utilisé par Hauriou pour désigner l'opération juridique qui donne naissance aux institutions corporatives (La théorie de l'institution et de la fondation, Cahiers de la nouvelle journée, La cité moderne et les transformations du Droit, 1925, n°4, p. 35). Ce n'est pas dans cette acception que le terme de fondation sera retenu.

personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif ». Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, poursuit le même article dans son alinéa 2, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'Etat accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique.

Il n'est pas difficile de remarquer à la seule lecture de cet article l'ambivalence du terme de fondation. En effet, il apparaît immédiatement que le terme de fondation recouvre l'acte créateur et la personne morale créée à cet effet¹. Est ainsi distingué le procédé créateur d'un des résultats possibles de cet acte, à savoir la création d'une personne morale nouvelle. Cette terminologie légale est nécessairement imparfaite en ce qu'elle réduit le résultat de l'affectation à la personnalisation de l'œuvre d'intérêt général alors même que la fondation peut représenter la masse de biens non personnalisée.

8. En dépit de son imperfection, la définition législative de la fondation laisse pressentir l'importance du concept d'affectation. L'idée d'affectation, qui se définit comme la « détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé »², est tellement liée à la notion de fondation qu'elle a pu être confondue avec elle. C'est ainsi que le domaine public a pu apparaître à certains comme relevant du mécanisme juridique de la fondation³. Il est vrai que la domanialité publique est caractérisée par l'affectation publique des biens (qu'il s'agisse de l'affectation des biens à l'usage du public ou à un service public), mais elle n'emprunte à la technique fondative que ce caractère. On chercherait en vain la pérennité - qui constitue, nous le verrons, un élément de définition de la fondation - dans le régime domanial. L'affectation des biens du domaine public est,

¹ Sauf à considérer que le législateur n'a pas employé le terme « acte » au sens d'acte juridique mais comme substantif désignant l'action, la volonté de fonder. Une telle interprétation semble cependant être condamnée par la lecture des travaux préparatoires de la loi du 23 juillet 1987. Il apparaît, en effet, que le législateur a voulu entériner la définition des fondations donnée par le Conseil d'Etat : cf. par ex., G. Trémège, rapport au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, J.O 1986-1987, A.N, Doc., n° 836, p. 153 et s.

² Vocabulaire juridique, association H. Capitant, sous la direction de G. Cornu, P.U.F, 7^{ème} éd., 1998, v° Affectation.

³ V. C. Lavalie, Droit administratif des biens, P.U.F, 1996, n° 7 et du même auteur, Des rapports entre le domaine public et le régime des fondations, R.D.P. 1990, p. 469 et s. Contra, P. Yolka, La propriété publique, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 191, 1997, préface Y. Gaudemet, p. 475. L'assimilation de la domanialité publique au mécanisme des fondations révèle chez les tenants de cette opinion le refus de concevoir une propriété publique.

au contraire, éminemment contingente¹. Ainsi, le changement d'affectation d'un bien peut être librement décidée par la collectivité publique propriétaire de ce bien dans la mesure où il intervient dans le cadre des compétence de cette dernière.

Si la fondation ne se confond pas avec l'affectation, celle-ci ne constitue pas moins un élément essentiel de celle-ci. Plus particulièrement, en ce qu'elle désigne l'utilisation d'un bien à un usage déterminé², l'affectation implique un certain degré de précision dans l'emploi des biens. C'est la condition d'individualité de l'affectation. Lorsque l'œuvre d'intérêt général a vocation à être personnalisée, l'individualité de l'affectation n'est pas douteuse. Elle est plus délicate, en revanche, lorsque l'œuvre se fonde au sein d'autres activités d'un organisme. Il ne sera alors possible de parler de fondation que pour désigner un service d'intérêt général individualisé³. Bien que le degré de précision requis soit le plus souvent affaire d'espèce, il est néanmoins possible de poser un critère. Ainsi, si le but d'intérêt général désigné par le fondateur est tellement général (pauvreté, recherche scientifique...) qu'il est susceptible d'être atteint de multiples manières, le fondateur devra, par ailleurs, préciser les moyens d'action de l'œuvre. Il ne lui suffira donc pas de décider que ses biens seront destinés aux pauvres pour faire acte de fondation ; il lui faudra, en outre, prévoir de quelle manière il entend secourir les pauvres (création d'un foyer, distributions de secours...) ⁴.

9. La poursuite d'une œuvre d'intérêt général est également de l'essence de la fondation. Longtemps, la question fut débattue⁵. Ainsi, était-il fait état des fondations de famille qui, fréquemment usitées sous l'Ancien Régime, étaient affectées aux intérêts de la

¹ En ce sens, P. Godfrin, *Droit administratif des biens*, coll. U, 5^{ème} éd., Armand Colin, 1997, p. 47 ; A. de Laubadère et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, 11^{ème} éd., L.G.D.J., 1998, n° 126 ; C. Lavalie, *Droit administratif des biens*, op. cit., n° 73 et s.

² En ce sens, S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 145, 1976, préface R. Nerson, n° 2.

³ En ce sens, H. Souleau, *Les libéralités adressées à la Fondation de France*, Rép. Déf. 1990, n° 29521, n° 6 ; E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse Poitiers, 1908, n° 6 et 7.

⁴ Coquet (thèse préc., n° 7) semblait ajouter à cette condition de précision des moyens, celle de précision dans le but, à savoir dans les destinataires de la fondation. Ainsi, expliquait-il que le legs adressé à un bureau de bienfaisance pour être distribué en aumônes serait susceptible d'être considéré comme une fondation « si les distributions devaient être périodiques et régulières par l'emploi des seules rentes d'un capital *et* si elles devaient être faites au profit d'une catégorie de pauvres déterminée » (c'est nous qui soulignons). Toutefois, sa définition de la fondation non autonome paraît trop restrictive pour être acceptée.

⁵ Dans le sens de l'affirmative, cf. M. de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, Paris, Cotillon, 1902, n° 1404 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome 1, 3^{ème} éd., par M. Colin, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1905, n° 342 ; dans le sens de la négative, J. Dabin, *Le Droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 153, note 3.

famille du fondateur. On désignait aussi sous le vocable de « fondation de messes »¹ l'affectation d'un capital pour la rémunération des messes célébrées pour le salut de l'âme du fondateur. Certaines législations étrangères, comme celle de la Suisse, connaissent d'ailleurs encore aujourd'hui des fondations destinées à servir les intérêts d'une famille. Il est néanmoins permis de penser que la remise en cause de la finalité d'intérêt général ne serait pas opportune. Le lien entre fondation et intérêt général est en effet trop ancré dans les mentalités françaises pour pouvoir être abandonné.

10. En fait, si le but de l'affectation donne matière à discussion, c'est en raison de son contenu². La notion d'intérêt général, concept « fourre tout » dont on connaît l'utilité puisqu'elle constitue le soubassement du Droit administratif³, se prête mal à la délimitation⁴. L'imprécision du concept d'intérêt général ne peut surprendre dans la mesure où celui-ci doit pouvoir s'adapter aux besoins du moment du corps social.

Il est toutefois possible de poser en matière de fondations quelques éléments de délimitation. Ainsi, la notion d'intérêt général, rapprochée de l'idée d'ordre public, exclut les activités qui seraient contraires aux bonnes moeurs, à l'ordre public. La notion d'intérêt général prohibe également la poursuite d'intérêts personnels aux fondateurs (ce que, d'ailleurs, interdit précisément le but non lucratif de la fondation), ou d'intérêts trop particuliers (c'est-à-dire spécifiques aux membres d'un groupe)⁵. Une fondation ne

¹ Sur les fondations de messes, cf. G. Euzet, *Nature juridique de la fondation de messes*, thèse Aix, 1906 ; F. Dejust, *Des fondations de messes*, thèse Paris, 1908.

² Sur la question, cf. J.M Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D. 1998, chr., p. 327 et s. ; Rapport public du Conseil d'Etat 1999, *L'intérêt général*, Documentation française, 1999.

³ Ainsi, dans son rapport public de 1999, le Conseil d'Etat recensant les fonctions de l'intérêt général y voit le fondement des grandes constructions jurisprudentielles ainsi qu'une norme de référence pour l'action administrative. D'autres ont pu dire qu'il était impossible de renoncer à l'intérêt général puisqu'il constitue une composante de notre culture, un mythe porteur (J.M Pontier, loc. cit., p. 332). On a pu enfin voir dans l'intérêt général une construction idéologique (J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, P.U.F, 1978). Ce qui n'empêche pas que le concept d'intérêt général fasse l'objet de critiques idéologiques, sociologiques ou économiques (sur les critiques émises, cf. J.M Pontier, loc. cit., p. 27-328). Sur les différentes approches de l'intérêt général (approche utilitariste qui conçoit l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers ou approche volontariste pour laquelle l'intérêt général dépasse les intérêts particuliers), cf. Conseil d'Etat, Rapport public 1999, op. cit., p. 253 et s.

⁴ On a pu proposer, dans un but de clarification, d'exclure de la notion d'intérêt général les intérêts territorialement réduits et au contenu étroit. On reconnaîtrait ainsi qu'il existe entre les intérêts particuliers et l'intérêt général une catégorie intermédiaire d'intérêts (J.M Pontier, loc. cit., p. 333).

⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, La Documentation française, 1997, p. 21. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, « aujourd'hui, la limite à la reconnaissance d'utilité publique tient essentiellement à ce qu'elle doit se distinguer des intérêts particuliers » (Conseil d'Etat, Rapport public 1999, op. cit., p. 307).

pourrait, pareillement, avoir un but économique. Ainsi, un projet de « Fondation de la Foire internationale de Nice » dont l'objet était « l'organisation de manifestations destinées à développer le commerce, l'industrie, l'artisanat, l'agriculture et le tourisme et contribuant, dans l'intérêt général, au rayonnement économique et culturel de la ville de Nice et de la région Provence-Côte d'azur » a-t-il été rejeté¹.

Du caractère évolutif de la notion d'intérêt général², le droit des fondations offre, par ailleurs, une bonne illustration. Ainsi, la notion d'intérêt général a réussi à englober les domaines d'activité à caractère politique³ voire à connotation religieuse. Des fondations à caractère religieux (Fondation des monastères ou Fondation du judaïsme français) ont ainsi pu être créées. Il apparaît toutefois qu'elles ne peuvent avoir pour objet de propager

¹ J. Vacherot, *Les fondations françaises, d'utilité publique, des origines à la loi du 23 juillet 1987*, loc. cit., p. 26 ; E. Baron, X. Delsol, loc. cit., p. 40.

² En ce sens, J.M Pontier, loc. cit., p. 332. On a pu reprocher à l'intérêt général sa variabilité et s'étonner qu'elle puisse être utilisée avec autant de constance par le juge administratif (Conseil d'Etat, Rapport public 1999, op. cit., p. 310, qui à défaut de reconnaître en l'intérêt général « le critère central de délimitation du droit administratif » en fait un principe d'interprétation permettant au juge administratif de juger de l'action administrative).

Sur l'utilisation de la notion d'intérêt général par le Conseil d'Etat, voy. D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, retour aux sources et équilibre*, in Conseil d'Etat, Rapport public 1999, op. cit., p. 361 et s. Selon cet auteur, l'intérêt général constitue pour le Conseil d'Etat une norme de mesure des pouvoirs de l'Administration en ce qu'il lui permet d'établir un équilibre entre des considérations opposées ou de compléter les textes applicables. Il est également pour cet auteur une norme de contrôle des actes de l'Administration. S'il n'est possible de trouver dans la jurisprudence du Conseil d'Etat une définition abstraite de la notion d'intérêt général, il est néanmoins loisible de constater que pour le Conseil d'Etat, l'intérêt général n'est pas l'intérêt des personnes publiques et qu'il n'entre pas nécessairement en contradiction avec les intérêts privés.

³ Ainsi, le Conseil d'Etat a reconnu en 1991 (rapport public du Conseil d'Etat 1991, Documentation française, 1992, p. 63) qu'un établissement d'utilité publique pouvait avoir un objet politique. Voy. également, *Les fondations démocratiques à vocation politique en France*, Rapport au premier ministre par J. Oudin, Paris, La Documentation française, 1997. Ce rapport propose la création de fondations démocratiques à vocation politique dont l'objet serait de promouvoir la démocratie à l'intérieur comme à l'extérieur en développant la réflexion et la prospective politiques, en encourageant et diffusant les recherches sur les doctrines et mouvements de pensée de nature politique, économique et sociale, en concourant à la formation civique des citoyens et à l'amélioration de la connaissance des institutions démocratiques françaises et européennes, en conservant les archives des mouvements politiques et en soutenant les démocraties naissantes, y compris par la coopération avec les institutions étrangères. Le rapport met en valeur les différents avantages que peut présenter la création de fondations reconnues d'utilité publique. Ainsi, la fondation reconnue d'utilité publique pourrait améliorer l'image des mouvements politiques, garantir la permanence d'un courant de pensée politique et assurer l'indépendance idéologique de la fondation par rapport aux partis politiques. Toutefois, le rapport propose de procéder à une adaptation du régime de droit commun des fondations à vocation politique en leur faisant obligation de faire contrôler leur compte par un commissaire aux comptes, ainsi que par la commission nationale des comptes des campagnes et des financements politiques (commission déjà compétente pour la vérification des comptes des partis politiques) (article 8 de la proposition de loi), en instituant une incompatibilité légale entre certaines fonctions exécutives dans le parti et le mandat d'administrateur d'une fondation politique (article 5 de la proposition de loi), en écartant de la composition du Conseil d'administration les membres de droit (article 5 de la proposition de loi) et en proposant qu'une aide publique soit accordée aux fondations politiques par le Parlement en fonction de leur représentativité.

les préceptes d'une foi et qu'il leur est seulement permis de soutenir financièrement ou moralement des institutions religieuses ou des membres des collectivités religieuses. Cette exclusion, qui s'explique peut-être par l'existence d'autres structures juridiques permettant la propagation des principes religieux, n'enlève cependant rien à la souplesse de la notion d'intérêt général.

11. La pérennité de l'affectation ne peut se voir reconnaître cette même vertu. Elle est d'ailleurs le critère le plus discuté du concept de fondation. Elle ne signifie pas - ce serait pure fiction - que la fondation connaîtra inmanquablement l'immortalité ; elle n'en a que la prétention. Car, dans la fondation, selon l'heureuse formule d'un auteur, « se trouvent en compétition la statique de l'affectation et la dynamique de la fondation »¹. A l'idée de pérennité ne peut donc au mieux qu'être associée celle de durée indéfinie.

12. La loi du 23 juillet 1987 n'a pas pris explicitement position sur la question de savoir si la pérennité, telle que précédemment définie, était une composante de la notion de fondation : elle se contente, dans son article 18, de définir la fondation comme l'affectation irrévocable de biens. Irrévocabilité n'est évidemment pas synonyme de perpétuité. L'irrévocabilité de l'affectation interdit simplement aux fondateurs de prévoir le retour des biens affectés dans leur patrimoine. Sans doute l'irrévocabilité de l'affectation conforte-t-elle la pérennité de l'affectation. Mais, il peut être aisément imaginé des formules qui ne combindraient pas ces deux éléments. Ainsi, il se pourrait que les biens de la fondation soient consommés au fur et à mesure, l'œuvre d'intérêt général disparaissant une fois le capital de la fondation consommé.

13. En fait, à la pérennité de l'œuvre d'intérêt général doit correspondre la pérennité de la structure juridique l'incarnant, sauf à méconnaître l'exigence de pérennité. L'institution de la fondation d'entreprise offre une parfaite illustration de cette idée. Personne morale à but non lucratif créée par des sociétés civiles ou commerciales, des établissements publics à caractère industriel et commercial, des coopératives ou des mutuelles en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général (article 19 de la loi du 23 juillet 1987), la fondation d'entreprise est créée pour une durée déterminée à l'expiration de laquelle ses ressources subsistantes sont attribuées à un établissement poursuivant un but analogue. On a cru pouvoir fonder la pérennité de l'affectation sur la dévolution des biens de la

¹ J.F Barbiéri, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, thèse Toulouse, 1977, p. 332.

fondation d'entreprise dissoute à un organisme poursuivant une activité d'intérêt général analogue¹. Cette opinion ne nous paraît cependant pas justifiée. Il nous est apparu, en effet, que la fondation se caractérise par l'affectation individualisée de biens qu'elle réalisait². Or, du fait de la dévolution des biens de la fondation d'entreprise dissoute à une entité distincte l'individualité de l'affectation est obérée ; il s'est produit, en quelque sorte, un changement d'affectation. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle l'œuvre d'intérêt général perdure à travers la nouvelle structure ne réalise qu'une fausse apparence, un schéma en trompe l'oeil.

Pourtant, l'institution de fondation ad tempus est de plus en plus souvent souhaitée par les praticiens³ et théoriciens⁴. Elle revêt une signification différente selon ses partisans. Ainsi, pour les publicistes, la proposition d'instituer une fondation à durée temporaire procède de la définition qu'ils donnent de la fondation. Celle-ci représente pour eux la personne morale, la structure fonctionnelle personnalisant le service d'intérêt général⁵, la forme juridique incarnant un « service semi-public »⁶. Les tenants de cette opinion paraissent toutefois ignorer que la personnalité morale n'est qu'une technique juridique parmi d'autres de réalisation de fondations et n'en incarne pas l'essence. Si des privatistes se montrent, pour leur part, particulièrement hostiles à l'idée de pérennité, c'est essentiellement dans le souci d'éviter de figer ad aeternitatem les relations juridiques⁷. A ces considérations de théorie juridique se mêlent également des motivations plus pratiques tenant pour l'essentiel à la volonté de démocratiser les fondations en les rendant plus accessibles financièrement.

¹ V. par ex., H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, J.O 1989-1990, Doc., A.N, p. 57.

² Cf. supra, n° 8.

³ Cf. par ex. 92^{ème} Congrès des Notaires de Deauville, op. cit., p. 544-545 ; M. Pomey, Le mécénat et les fondations, notes et études documentaires, n° 3334, nov. 1966, Documentation française, p. 3 et s. et spéc., p. 20 ; Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 32 et 33.

⁴ J.F Barbière, thèse préc., p. 318 ; F. Terré et Y. Lequette, Les Successions, Les libéralités, op. cit., n° 476.

⁵ V. M. Pomey, Le mécénat et les fondations, Rapport établi pour A. Malraux, op. cit., p. 21.

⁶ J. Carbonnier, tome 1, Les personnes, 20^{ème} éd., P.U.F, 1996, n° 220.

⁷ Sur l'appréhension du temps par le Droit civil, cf. P. Hébraud, Observations sur la notion de temps dans le droit civil, in Etudes offertes à Pierre Kayser, P.U.F d'Aix en Provence, 1979, tome 2, p. 1 et s.

Dans l'esprit de ceux qui en réclament la création¹, la formule de la fondation temporaire pourrait revêtir deux expressions : la première s'entendrait de l'affectation d'un capital dont l'épuisement coïnciderait avec la réalisation de l'œuvre voulue par le fondateur. Le fondateur pourrait également - et c'est la seconde expression de la fondation temporaire - assigner ab initio une durée déterminée à la fondation (qui correspond dans son idée à la durée nécessaire pour atteindre le but d'intérêt général) : le montant des biens affectés serait alors fixé en fonction de la durée projetée de la fondation. Si toutefois, à l'arrivée du terme fixé, il venait à en rester, le reliquat ferait retour au fondateur ou à ses héritiers ou serait affecté à une nouvelle destination.

14. Loin d'être un archaïsme inutile, la pérennité nous apparaît au contraire comme une nécessité de la plus vivante actualité. La pérennité de l'œuvre est consubstantielle à la notion de fondation ; elle lui est aussi indispensable que l'est l'affectation d'éléments patrimoniaux qui lui sert de base.

Sur le plan psychologique, la notion de fondation n'a de raison d'être pour son créateur que parce qu'elle lui permet de se survivre, de laisser une trace après sa mort.

Sur le plan de la technique juridique, elle réalise un élément de discrimination entre la fondation et d'autres structures juridiques, comme l'association pour laquelle elle n'est qu'une modalité conditionnelle au choix des sociétaires².

Enfin, les fondations perpétuelles peuvent faire sentir leur intérêt, sur le plan de l'utilité sociale, car du fait de leur pérennité, elles peuvent prendre en charge des besoins sociaux qui n'attirent pas ou plus la générosité publique. Elles sont même dans certains domaines l'unique mode d'expression de certaines activités d'intérêt général. Ainsi, les fondations dont l'objet est de perpétuer le souvenir d'une époque ou d'un événement qui a marqué l'humanité ne peuvent espérer réaliser leur objectif que par le biais d'une structure juridique pérenne. Ainsi en est-il de la Fondation pour la mémoire de la déportation qui s'est donnée pour objet de perpétuer le souvenir et la mémoire de la résistance, de la déportation et de l'internement ou de la Fondation Charles de Gaulle qui a pour but de diffuser en France et à l'étranger les enseignements du général de Gaulle.

¹ 92^{ème} Congrès des notaires, Le monde associatif, compte-rendu des travaux des commissions, p. 145-146 ; Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 32, 33.

² En ce sens, G. Sousi, B. Thévenet, Les associations, Dalloz, 1985, n° 1246 ; ; A-S Mescheriakoff, M. Frangi, M. Kdhir, Droit des associations, P.U.F, 1996, n° 148, p. 200.

15. Il est vrai, toutefois, que notre Droit positif connaît déjà une fondation temporaire, la fondation d'entreprise. Mais la fondation d'entreprise, fondation temporaire, altère, si ce n'est dénature, la définition de fondation. En faveur des fondations temporaires, il pourrait néanmoins être argué que, par souci de cohérence, devrait être instituée une fondation à durée temporaire calquée sur le modèle de la fondation d'entreprise ouverte à tous les candidats-fondateurs, peu important qu'ils soient ou non des entreprises. Cet argument n'est cependant convaincant qu'autant que les raisons qui ont justifié la création d'une fondation temporaire au bénéfice des entreprises peuvent être invoquées par les autres fondateurs. Or, nous verrons que la temporalité de la fondation d'entreprise est motivée par des impératifs propres à la stratégie de communication des entreprises¹.

Puisque la suppression pure et simple de la fondation d'entreprise paraît illusoire, il convient au moins de limiter l'exception que constitue la fondation d'entreprise aux seules entreprises². On finira de s'en convaincre lorsque l'on constatera que l'institution de la fondation d'entreprise n'a pas produit une augmentation notable du nombre de fondations³.

16. C'est donc dans le sens de pérennisation d'une œuvre d'intérêt général que le but originel et original de la fondation peut être appréhendé. La définition du but de l'affectation ne suffit toutefois pas à rendre entièrement compte du concept d'affectation et donc de celui de fondation. Celui-ci recouvre également la technique de l'affectation c'est-à-dire la technique de réalisation du but⁴.

17. C'est sur la technique d'affectation pérenne de biens à un but d'intérêt général en Droit français c'est-à-dire sur le régime juridique des fondations que nous avons choisi de faire porter l'étude. Il s'agit, selon nous, de l'aspect le plus important de la question des fondations, car le but n'accède à la vie juridique que par le biais de la technique juridique. Or, le régime juridique des fondations demeure très peu connu, et ce malgré les récents travaux⁵ et colloques organisés sur ce thème par les praticiens du droit. Le thème semble, en revanche, avoir moins attiré les théoriciens puisque la dernière thèse de doctorat a été

¹ Cf. infra, n° 683.

² Contra, J.P Marguénaud, Les fondations, in Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 1998, n° 4071, pour lequel le lien entre fondation et perpétuité a été clairement rompu avec la fondation d'entreprise.

³ Cf. infra, n° 714.

⁴ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 15.

⁵ Cf. notamment, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations précité.

écrite en 1969 par Henri Souleau¹. Et il n'est pas discutable que depuis lors, la réalité sociologique et historique des fondations a sensiblement évolué. En particulier, l'entrée en scène des entreprises dans le secteur des fondations ne connaissait pas l'ampleur qu'elle a aujourd'hui. Ceci n'a pas été sans conséquence sur le plan de la technique juridique puisqu'une nouvelle personne morale, la fondation d'entreprise, a été créée, renouvelant ainsi l'analyse juridique. Il est par ailleurs impossible d'ignorer que l'approche du sujet par le Professeur Henri Souleau n'était que partielle puisque l'éminent auteur avait choisi de faire uniquement porter son étude sur l'acte de fondation, à l'exclusion du résultat de l'affectation. Or, il est indéniable que la connaissance des règles de fonctionnement des fondations présente un grand intérêt pour le juriste. La connaissance de ces règles présente une importance particulière en matière de fondations du fait de leur vocation à agir pendant une durée indéfinie.

On peut trouver un autre motif d'étudier la question du régime juridique des fondations dans le fait que la technique juridique est fort décriée à l'heure actuelle. On lui impute notamment le faible nombre de fondations françaises. De fait, la France ne compte guère, à l'heure actuelle, que 450 fondations reconnues d'utilité publique. Et parmi elles, un nombre non négligeable de fondations reconnues d'utilité publique (de l'ordre de 80 fondations) ont été créées au siècle dernier. C'est d'autant plus regrettable que les fondations offrent d'importantes potentialités pour l'avenir. Ainsi, elles pourraient rendre d'éminents services à la société en prenant en charge des besoins sociaux qui n'attirent pas ou peu le secteur marchand ou en s'adressant à une catégorie d'individus exclu du marché. Au surplus, les fondations peuvent également apporter aux pouvoirs publics une aide fort appréciable dans les domaines de l'innovation et de la prospective. Le développement de ces secteurs d'activité dont l'utilité est incontestable ne peut, de fait, être assuré par la puissance publique, en raison de la lourdeur des services publics ou des contraintes budgétaires.

18. Le faible nombre de fondations en France contraste avec la profusion de fondations à l'étranger (50 000 fondations en Suède, 85 000 aux Pays-Bas et près de 30 000 aux Etats-Unis²) dont la renommée de certaines (Fondation Carnegie, Rockefeller ou encore

¹ Dans sa thèse, Henri Souleau (thèse préc, n° 5) recensait d'ailleurs seize thèses sur les fondations entre 1888 et 1911 et seulement une seule thèse en 1939.

² H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, Successions, Libéralités, 5^{ème} éd., par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1414.

prix Nobel) est internationale. L'originalité du modèle anglo-saxon tient à l'institution du trust, qui permet l'affectation d'un patrimoine à un but particulier sans créer de personne morale. Cette structure permet à une personne, le « settlor », de se dessaisir de tout ou partie de ses biens en les confiant à une ou plusieurs personnes de confiance, les « trustees », qui doivent gérer lesdits biens au profit d'un ou plusieurs « bénéficiaires » dans les conditions déterminées par le « trust deed ». Lorsque le trust vise l'intérêt général, il prend la dénomination de charitable trust. Les trusts de ce type désignent des structures sans personnalité morale pouvant rassembler des biens donnés ou légués, qui sont gérés par des personnes de confiance (trustees) dans un intérêt général au profit d'une catégorie de bénéficiaires.

La qualité de charity, propre aux trusts visant l'intérêt général, est délivrée par une commission de surveillance (la Charity Commission) qui tient le registre des charities, les inscrit, les radie et assure leur contrôle sans jamais intervenir dans leur fonctionnement. Le droit américain offre également le cadre juridique de la *non-profit corporation* ou société à but non lucratif, qui est dotée de la personnalité morale. Quelle que soit la forme juridique empruntée, le Droit américain établit, en outre, une distinction entre les public charities et les private foundations : les premières collectent publiquement des fonds (fund raising) pour les affecter aussitôt aux buts poursuivis ; les secondes possèdent un capital, dont les revenus financent les activités. Ces deux structures de fondation connaissent un succès équivalent.

19. Mais, ce serait aller trop vite en besogne que d'attribuer la réussite des fondations américaines à la technique juridique du trust. Car, quelle que soit l'importance de la technique juridique, la clef de l'essor des fondations ne se réduit pas à cela. Des considérations sociologiques, historiques prennent en la matière une importance de premier plan. Les habitudes de mécénat varient selon les époques et les lieux. Elles sont étroitement liées à la tradition historique et aux mentalités des opinions publiques. Ainsi, le modèle américain du mécénat fondé sur la générosité des particuliers, elle-même liée à la rapidité de constitution des fortunes privées et à une tradition de civisme bien ancrée, ne peut guère être comparé avec le système français fortement marqué par la longue tradition interventionniste de l'Etat, notamment dans le domaine culturel et de l'action sociale. Entre ces deux modèles opposés évolue d'ailleurs toute une gamme intermédiaire de formules où se côtoient les pays dans lesquels les entreprises jouent un rôle très actif (Japon, Italie) et ceux dans lesquels le mécénat individuel prime.

Ainsi, sans aller jusqu'à considérer, comme l'a écrit M. Carbonnier, que « l'invocation de la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande »¹, la référence à des systèmes juridiques étrangers ne peut donc être faite qu'avec réserve et prudence. C'est la raison pour laquelle il ne sera pas entrepris une étude systématique des différents régimes juridiques étrangers².

20. Même ainsi délimité, le sujet demeure encore très vaste : les fondations françaises ne sont pas toutes soumises au même régime juridique. Ainsi, les fondations situées en Alsace et en Moselle sont régies par les dispositions du Droit local, qui reproduisent presque à l'identique les dispositions du Code civil allemand³.

Il arrive, par ailleurs, que des fondations soient soumises à des règles spéciales soit en raison de leur mode particulier de constitution (fondations créées par une loi, comme la Fondation du patrimoine ou fondations créées par une ordonnance comme la Fondation des sciences politiques), soit en raison du domaine particulier dans lequel elles ont vocation à intervenir (comme le secteur de la santé⁴ ou celui des monuments historiques⁵). Les fondations soumises à ces dispositions spécifiques et dérogatoires n'entreront pas dans le champ de notre étude qui portera exclusivement sur le régime de droit commun des fondations françaises. Si dans le cadre de notre étude nous aurons l'occasion d'évoquer le cas de la Fondation du patrimoine, il ne s'agira pas pour autant d'étudier en détail son organisation. Le cas de la Fondation du patrimoine ne sera évoqué que parce que sa

¹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., 1995, Répertoire du notariat Défrénois, p. 237.

² Sur ce sujet, cf. notamment E. Alfandari, *Les Associations et fondations en Europe, régime juridique et fiscal*, Juris-Service, 1994 ; Sénat, service des affaires européennes, cellule de législation comparée, *Le régime juridique des fondations à l'étranger*, Sénat, Paris, nov. 1989.

³ Sur ces fondations en Alsace-Moselle, cf. G. Struss et R. Beckers, *Les lois locales en vigueur dans le ressort de la Cour d'appel de Colmar*, Colmar, 1954 (2 volumes), rééd. Partielle 1974 ; J. Duquesne, *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine*, V° Fondations ; P. Mangin, *Les fondations en Alsace et en Lorraine de 1870 à nos jours*, thèse Strasbourg, 1927 ; E. Sander, *Jurisclasseur civil*, article 774 à 783, 1996.

⁴ Ainsi, les fondations intervenant dans le domaine de la santé sont-elles soumises à la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière (cf. art. L. 715-1 à L. 715-5 du Code de la Santé publique). Cf. par ex., pour les mesures de contrôle spécifiques pesant sur les établissements hospitaliers privés à but non lucratif, E. Rossini, *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 165, 1992, préface F. Babinet et J. Waline, p. 211 et s.

⁵ Ces fondations doivent respecter les règles posées par la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques ou par la loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, scientifique, légendaire ou pittoresque. Ainsi, en vertu de l'article 18 de la loi du 31 décembre 1913, les objets classés appartenant à la fondation ne peuvent être aliénés qu'après autorisation du ministre de la culture et seulement au bénéfice de l'Etat, d'une personne publique ou d'un établissement d'utilité publique. Sur ce sujet, voy. A. Kornmann et V. d'Aurne de Vernon, *L'exonération des droits de mutation à titre gratuit sur les biens classés : la fin des fondations ?*, G.P. 1988, 2, p. 618 et s.

création de cette fondation est symptomatique d'une tendance à « l'étatisation » des fondations reconnues d'utilité publique¹.

21. Dans la mesure où les fondations françaises forment l'objet de la recherche, il n'est pas sans intérêt de connaître le critère de nationalité des fondations. La nationalité d'une fondation s'apprécie, en application des règles de droit international privé, selon la loi de son siège social². C'est, en effet, la loi du lieu du siège social qui régit la constitution de la fondation³. C'est, dit-on, celle qui est la mieux à même d'assurer « la permanence et l'unité de l'action »⁴ étant entendu que le siège social doit être réel et sérieux pour être retenu⁵.

Toutefois, s'agissant de la constitution de fondations directes par testament, la compétence de la loi du siège social est discutée. Nous verrons⁶ que jusqu'à une période récente, l'article 906 du Code civil prohibait la disposition testamentaire faite au profit d'une fondation future au motif qu'un legs n'est valable que s'il est adressé à une personne existante au jour du décès du testateur. La question s'était donc posée de savoir si cet article s'opposait à l'acquisition par une fondation régie par la loi étrangère de biens faisant partie d'une succession soumise à la loi française lorsque la loi étrangère considérait, par la grâce de la rétroactivité de l'autorisation administrative de la fondation,

¹ Cf. infra, n° 679 et s.

² Sur les controverses qui ont fait jour à propos du critère de la nationalité des associations régies par le décret-loi de 1939 complétant la loi du 1^{er} juillet 1901, cf. L. Julliot de la Morandière, Répertoire de droit international privé, 1969, v° Fondation, n° 13 et s. Cette disposition, qui réputait associations étrangères non seulement les associations qui avaient leur siège à l'étranger mais également celles qui étaient dirigées par des étrangers, a été abrogée par la loi du 9 octobre 1981.

³ Il doit être précisé qu'en Droit français, il y a nécessairement coïncidence entre le pays de constitution de la fondation et celui de son siège social (P. Mayer, Droit international privé, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1998, n° 1073 ; C. Gavalda, note sous Paris, 16 mai 1960, affaire de la Fondation Potocki, J.C.P. 1960, II, 11763).

⁴ L. Julliot de la Morandière, loc. cit., n° 10 ; cf. pour la critique de cette conception, P. Mayer, op. cit., n° 1079, qui propose pour déterminer la loi du siège de tenir compte du lieu où sont situés les biens, de celui où s'exerce l'activité et de celui de la « finalité d'affectation des biens » en alléguant de la nature de groupement de biens des fondations qui rend le lieu d'élaboration des décisions peu probant. La proposition n'est guère convaincante dans la mesure où le lieu de situation des biens et les centres d'activité de la fondation peuvent être plurielles et rendre pratiquement impossible la détermination du lieu du siège. Il paraît donc préférable de s'en tenir au lieu où la fondation possède son siège administratif.

⁵ La réalité du siège social de la fondation se vérifie, comme en matière de sociétés, par la présence en ce lieu des organes de direction et de contrôle. V. à ce sujet, T. civ. Bruxelles, 14 nov. 1911, Fondation Niederfullbach, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 178, note C. de Visscher à propos duquel il a été jugé que l'œuvre n'avait pas, en réalité, son siège social en Allemagne mais en Belgique.

⁶ Cf. infra, n° 269.

comme existant l'être moral au jour de l'ouverture de la succession. Les tribunaux¹ s'étaient prononcés en faveur de l'application de l'article 906 du Code civil français, considérant par là-même que la règle posée par l'article 906 du Code civil relève du statut successoral et non du statut personnel². Quoique justifiée, la solution fut vivement critiquée. Puisque ce qui est cause c'est l'existence de la fondation, celle-ci, a-t-on dit, devrait être appréciée au regard de loi du siège social. De ce fait, ces décisions judiciaires ne pourraient s'expliquer que par l'idée d'ordre public³, ce qui ne convainc guère. Selon une autre opinion, si la compétence de la loi successorale française pour régir la situation n'est pas discutable, la règle posée par l'article 906 du Code civil ne viserait pas les personnes morales⁴.

De toute façon, la controverse paraît privée d'intérêt pratique depuis que le législateur a expressément validé le legs à une fondation future sous réserve que soit déposée une demande de reconnaissance d'utilité publique dans l'année de l'ouverture de la succession (article 18-2 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée). Cette disposition se présente donc comme une exception à la règle de l'article 906 du Code civil et la création de fondations par testament ne paraît plus heurter l'ordre public.

22. A l'instar de la constitution, la durée, la transformation⁵ et les causes de dissolution de la fondation relèvent de la loi du siège social⁶ dans la mesure où constitution et fonctionnement¹ sont indissolublement liés².

¹ Paris, 26 juin 1981, Rev. crit. dr. int. priv. 1982, 547, note B. Ancel et rejet du pourvoi Civ. 1^{ère}, 15 fév. 1983, Bull. I, 1983, n° 61, Rev. crit. dr. int. priv. 1983, 645, 2^{ème} espèce, note B. Ancel, G.P. 1983, 2, somm., 195. Le pourvoi a été rejeté sur le fondement de l'interprétation souveraine de la volonté de la testatrice par les juges du fond. Ainsi que l'a noté M. Ancel dans son commentaire de l'arrêt du 15 février 1983 l'application de la loi française c'est-à-dire de l'article 906 du Code civil posait un problème de substitution et non de qualification. Pour l'application de l'article 906 du Code civil aux associations ayant leur siège à l'étranger, cf. Cass. Civ., 7 déc. 1912, International Arbitration and Peace Association, S. 1914, 1, 305, note L. Hugueney, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 454, note H. Donnedieu de Vabres, D. 1914, 1, 433.

² Le statut successoral rend applicable la loi française pour les immeubles situés en France ou pour tous les biens mobiliers du de cujus lorsque celui-ci était domicilié en France.

³ V. J.M. Bischoff, Jurisclasseur droit international privé français, fascicule 526, 1984, n° 84 ; L. Julliot de la Morandière, loc. cit., n° 32.

⁴ C. Gavalda, note préc.

⁵ Il a ainsi été jugé qu'une fondation yougoslave dotée en 1947 par le Ministre de la Marine de Yougoslavie d'un nouveau statut continuait la fondation yougoslave créée en 1926 (Civ. 1^{ère}, 3 juin 1969, Rev. crit. dr. int. priv., 1971, 743). Sur la prise en compte de la loi du siège pour apprécier la possibilité et les modalités de transfert du siège social, cf. Paris, 9 juill. 1975, Journal du droit international privé 1977, 86, note T. Treves, qui décide cependant d'écarter la compétence de la loi du siège pour des motifs d'ordre public.

⁶ Pour une application aux fondations de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 relative à la compétence des tribunaux et d'effets des décisions, cf. Paris, 17 nov. 1993, Rev. crit. dr. int. priv. 1994, 115,

23. En fait, les difficultés rencontrées par les fondations dont le siège social se situe à l'étranger sont liées à la reconnaissance de leur existence auprès des autres pays. Quoique ces questions n'entrent pas dans le cadre de notre étude, il n'est pas sans intérêt d'en faire brièvement état.

Lorsqu'elle est régulièrement constituée au regard de la loi de son siège social, la personne morale peut faire valoir son existence auprès des autres pays³. Il n'est plus guère question, pour s'y opposer, d'invoquer la théorie de la fiction des personnes morales, dont l'application stricte conduirait à admettre que les personnes morales ne peuvent avoir d'existence que dans les limites du territoire qui les a vues naître⁴. Toutefois, la

note H. Gaudemet-Tallon et sur pourvoi, Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, D. 1998, somm., 281, obs. B. Audit, *Journal du droit international privé* 1997, 1016, note A. Huet, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1997, 97, note H. Gaudemet-Tallon. Il a été décidé qu'une fondation domiciliée dans l'Etat de New-York ne peut bénéficier de la convention de Bruxelles parce qu'elle n'est pas domiciliée dans un territoire d'un Etat partie à la Convention et que l'action ne porte pas sur un droit réel immobilier mais qu'elle a pour objet la réparation d'un préjudice moral résultant d'une obligation de faire. Il s'agissait en effet d'une action en exécution forcée des charges de la libéralité adressée à une fondation-personne morale. Cette action avait été intentée par les héritiers du donataire de nationalité américaine mais domiciliée en France et la fondation se défendait en invoquant l'incompétence des juridictions françaises et en se fondant sur certaines stipulations de la Convention de Bruxelles. En application de l'article 2 de la Convention de Bruxelles, les personnes morales domiciliées dans un Etat contractant sont atraites devant les juridictions de cet Etat. Or, la Fondation prétendait avoir un siège secondaire en Italie, car elle était immatriculée dans ce pays. La Fondation arguait également de l'article 16-1° qui donne compétence au tribunal du lieu de situation de l'immeuble. Aucun des arguments invoqués par la fondation n'a été retenu. Les annotateurs de ces arrêts jugent la solution parfaitement orthodoxe en droit mais pratiquement fâcheuse car « faire juger par un tribunal français une action dirigée contre une fondation dont le siège est aux Etats-Unis à propos d'oeuvres d'art situées dans un palais vénitien, n'est pas très satisfaisant » (H. Gaudemet-Tallon, note sous Paris, 17 nov. 1993 préc., p. 120).

¹ Agissant sur le territoire français, une fondation étrangère est redevable des mêmes impôts et taxes que les fondations françaises : cf. Conseil d'Etat, 26 janv. 1990, G.P. 1990, 1, 306, conclusions O. Fouquet qui soumet à l'impôt sur les sociétés prévu par l'article 206-1 du C.G.I une fondation de nationalité liechtensteinoise propriétaire en France d'un immeuble qu'elle avait mise par elle gratuitement à la disposition de tiers. Pour ce faire, le Conseil d'Etat relève que la fondation qui avait pour objet aux termes de ses statuts « le placement et l'administration du patrimoine de la fondation et de ses produits dans l'intérêt des bénéficiaires ainsi que l'affectation des ressources aux bénéficiaires » n'avait pas fait la preuve du caractère non lucratif de l'opération de mise à disposition gratuite des biens à des tiers. La qualité de fondation au sens où l'entend le droit français n'était pas établie puisqu'il n'était pas prouvé que les ressources procurées par le placement du patrimoine de la fondation devaient être affectées à une œuvre d'intérêt général. Or, ainsi que le relève le commissaire du gouvernement, M. Fouquet, la gestion du patrimoine peut constituer une opération à caractère lucratif si ce patrimoine est géré dans le seul intérêt des personnes privées.

² Une autre loi que celle de la loi du siège peut, à titre exceptionnel, être compétente. Ainsi, l'action en révocation de la libéralité constitutive de la dotation initiale de la fondation-personne morale pour inexécution des charges est régie par la loi d'autonomie (cf. affaire de la Fondation Potocki, Paris, 16 mai 1960, J.C.P. 1960, II, 11763, note C. Gavalda).

³ En ce sens, P. Mayer, *op. cit.*, n° 1028 ; J.M. Bischoff, *loc. cit.*, n° 85.

⁴ V. par ex., H. Lalou, note sous T. civ. Seine (ordonnance du Président), 14 nov. 1936, D.P. 1937, 2, 33 ; R. Savatier, note sous Paris, 21 juin 1935, D.P. 1936, 2, 17. On notera en outre que, quand bien même on adhérerait à cette théorie, la reconnaissance de la personnalité juridique des fondations serait imposée par le

reconnaissance de la personnalité juridique n'est pas complète ; elle ne confère en fait qu'un « strict minimum vital de droits »¹. Il est, en effet, coutumier de distinguer, à l'instar des solutions retenues pour les associations, l'exercice d'une activité ou d'un acte ponctuel de l'exercice d'une activité permanente². L'accomplissement par la fondation étrangère d'un acte isolé, comme par exemple le droit d'ester en justice, n'est pas discuté dès l'instant que ces droits lui sont reconnus par la loi de son siège³. Par exception, il est interdit aux fondations étrangères d'acquérir en France des biens à titre gratuit⁴ mais il ne s'agit là que d'une manifestation de l'ordre public interne (et plus précisément d'une loi de police), qui pourrait toutefois être suppléée plus efficacement par l'application de l'article 910 du Code civil soumettant à autorisation administrative le droit de recevoir des libéralités⁵. L'application de l'article 910 du Code civil aux personnes morales étrangères⁶ se justifie en effet également par la protection de l'Etat français contre les biens de mainmorte et par la crainte de puissance concurrente à l'Etat.

24. Pas plus qu'elle ne peut recevoir des libéralités, une fondation étrangère ne peut exercer en France une activité permanente sans obtenir au préalable la reconnaissance

principe du respect international des droits acquis.

¹ C. Gavalda, note sous Paris, 16 mai 1960, préc. Cf. toutefois la distinction opérée par M. Mayer entre l'existence de la personne morale et l'autorisation d'exercer une activité. Selon cet auteur, l'existence de la personne morale dépend exclusivement de la loi du for et l'expression « reconnaissance de la personnalité morale » désigne l'exercice et la jouissance des droits en France.

² La distinction se fonde sur l'assimilation du régime de la fondation avec celui des associations pour lesquelles l'obligation d'obtenir une autorisation ministérielle préalable pour exercer une activité était exigée jusqu'à la loi du 9 octobre 1981. Il faut préciser que l'activité permanente d'un groupement consiste en l'accomplissement par lui d'actes répétés qui constituent par leur nature son véritable objet : en ce sens, M. Revillard, Les conventions internationales relatives aux associations, *Journal du droit international privé* 1992, p. 299 et s. et spéc., n° 27.

³ Pour le droit d'ester en justice, cf. par ex., T. civ. Saint-Julien, 21 nov. 1912, *Rev. cr. dr. int. priv.* 1913, 87 ; Req., 24 nov. 1914, D.P. 1916, 1, 193.

⁴ cf. par ex., T. civ. de la Seine, 26 fév. 1958, *Journal du droit international privé* 1959, 430, note A. Ponsard, G.P. 1958, 1, 325 et sur appel Paris, 16 mai 1960, J.C.P. 1960, II, 11763, note C. Gavalda. Contra, à propos d'associations de siège étranger jugées capables d'acquérir à titre gratuit, cf. Req., 24 nov. 1914, D.P. 1916, 1, 193 ; T. civ. de la Seine, 14 nov. 1936, D.P. 1937, 2, 33, note H. Lalou ; Paris, 21 juin 1935, D.P. 1936, 2, 17, note R. Savatier ; avis du Conseil d'Etat du 12 déc. 1854, D. 1856, 3, 16.

⁵ En ce sens, C. Gavalda, note sous Paris, 16 mai 1960 préc. ; J.M. Bischoff, loc. cit., n° 92. M. Gavalda fait en outre valoir que l'interdiction de recevoir à titre gratuit faite aux fondations étrangères est d'autant plus inacceptable que pour les fondations, l'acquisition de biens est une condition de leur existence.

⁶ En ce sens, H. Lalou, note sous T. civ. de la Seine 14 nov. 1936 préc. ; C. Gavalda, note sous Paris, 16 mai 1960 préc. L'avis du Conseil d'Etat du 12 décembre 1854 précité a affirmé la nécessité pour une personne morale étrangère d'être autorisée par le gouvernement pour acquérir des biens à titre gratuit situés sur le territoire français ; il se fonde sur le droit de souveraineté du chef d'Etat qui lui permet de refuser d'autoriser une libéralité portant atteinte à l'intérêt de l'Etat ou à l'intérêt des familles. Cette solution est également admise par l'ordonnance du président du tribunal civil de la Seine du 14 nov. 1936.

d'utilité publique. Cette opinion ne s'appuie, il est vrai, sur aucun texte ni sur aucune décision judiciaire. Elle se fonde en fait sur la volonté de lutte contre la fraude. En effet, la création d'une personne morale nouvelle est en France subordonnée à l'octroi d'une autorisation administrative ; il s'agit par-là d'éviter que les fondateurs potentiels soient tentés de se placer sous l'auspice d'une législation plus favorable aux fondations pour échapper à la nécessité d'obtenir une autorisation administrative pour ensuite faire pratiquer à leur fondation une activité en France.

25. L'exigence d'une autorisation préalable à l'exercice d'une activité permanente en France peut constituer une réelle gêne pour les fondations œuvrant dans plusieurs pays¹. C'est à cette préoccupation que répond la convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 relative à la reconnaissance de la personnalité juridique des associations, sociétés et fondations étrangères. Celle-ci, signée et ratifiée par la France en 1962 mais non encore entrée en vigueur faute des ratifications nécessaires, reconnaît, en principe, la personnalité juridique de l'établissement étranger², à condition que celle-ci ait été acquise conformément à la loi où elle a été constituée et où se trouve son lieu statuaire. Il n'en demeure pas moins que l'établissement, le fonctionnement et l'exercice permanent d'une activité sur le territoire de l'Etat de reconnaissance sont régis par la législation de cet autre Etat (article 7 de la Convention). La Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe le 24 avril 1986, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991, signée par la France le 4 juillet 1996 et ratifiée par la loi du 18 décembre 1998³ fait preuve de davantage de libéralisme. Cette convention s'applique aux associations, fondations et autres institutions privées qui ont un but non lucratif d'utilité internationale⁴, ont été créées par un acte relevant du droit interne d'une Partie, exercent une activité effective dans au

¹ En ce sens, J.M Bischoff, loc. cit., n° 89.

² Le contenu de la notion de personnalité juridique étant susceptible de varier selon les pays, la convention précise que la personnalité juridique doit au moins comporter la capacité d'ester en justice, de posséder des biens et de passer des actes juridiques pour entrer dans le champ d'application de la convention (article 1 de la Convention). Il est à noter de plus que le statut des groupements étrangers est calqué sur celui des groupements nationaux du pays de reconnaissance. Ainsi, l'autorisation administrative de l'article 910 du Code civil pour recevoir les libéralités est également exigée pour les groupements étrangers.

³ J.O Lois et décrets, 22 déc. 1998, p. 19349.

⁴ Le préambule de la Convention précise que la notion d'utilité internationale s'entend d'une « contribution à la réalisation des buts et des principes de la Charte des Nations Unies et du Statut du Conseil de l'Europe dans les domaines scientifique, culturel, charitable, philanthropique, de la santé et de l'éducation ».

moins deux Etats¹ et ont leur siège statutaire sur le territoire d'une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette Partie ou d'une autre Partie. Elle prévoit la reconnaissance de plein droit de la personnalité ainsi que de la *capacité* d'une organisation non gouvernementale telles qu'elles sont acquises par la partie dans laquelle son siège statutaire se situe. Sans doute la convention réserve-t-elle à l'Etat de reconnaissance le droit d'appliquer aux organisations non gouvernementales établies dans un autre Etat les restrictions, limitations ou procédures spéciales prévues par sa propre loi pour l'exercice des droits découlant de la capacité juridique mais seulement si ces limitations, restrictions ou procédures sont dictées par un intérêt public *essentiel*². De la même façon, l'exception reçue à l'application de la convention aux organisations non gouvernementales, qui par leur objet, leur but ou par leur activité réelle contreviennent à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ou encore qui compromettent les relations avec un autre Etat ou le maintien de la paix et de la sécurité internationales ne peut, en raison de la gravité des agissements qu'elles visent, remettre sérieusement en cause la portée de la convention.

Même si cette convention constitue une avancée réelle dans la définition d'un cadre juridique pour les fondations européennes à vocation internationale, on est encore loin d'un régime juridique européen des fondations qui serait susceptible de s'appliquer aux fondations françaises comme étrangères.

26. Il est vrai qu'une telle entreprise est ardue du fait de la diversité des législations des différents pays européens. Un bref exposé de certaines législations européennes permettra de s'en rendre compte. Ainsi, les modèles se rattachant à la tradition romano-germanique, s'opposent au modèle anglo-saxon déjà évoqué (Angleterre³, Etats-Unis). Si l'on s'en tient aux fondations de tradition romano-germanique, on constate que les fondations européennes sont, en principe, régies par le Code Civil. Ainsi, les fondations allemandes sont soumises au droit fédéral (articles 80 à 89 du Code civil et articles 26 à 31 et 42 du Code civil relatif au droit des associations). Si chaque Land possède des dispositions

¹ Peu importe que ces deux Etats soient ou non membres du Conseil de l'Europe : en ce sens, M. Revillard, loc. cit., n° 41.

² Pour M^{me} Revillard (loc. cit., n° 46), l'autorisation administrative préalable à l'acquisition de biens répond à cette exigence d'intérêt public essentiel.

³ Ainsi, en Grande-Bretagne, les fondations utilisent la technique juridique du trust ou de la personnalité morale.

législatives particulières (*Siftungsgesetz*), elles sont dans les grandes lignes comparables. La *fondazione* italienne est également régie par des dispositions générales du Code civil de 1942, tout comme la fondation hollandaise (*Stichting*), dont le régime a été défini par une loi de 1956 incorporée en 1976 dans le second livre du Code civil. En Espagne, le droit de créer des fondations d'intérêt général (*fundacion*) est même reconnu dans le texte de la Constitution de 1978.

Si dans ces pays la fondation désigne en général l'affectation de biens, des disparités apparaissent lorsqu'il est question de la finalité de l'affectation. Ainsi, la fondation peut n'avoir qu'un intérêt privé en Italie ou en Allemagne où elle est perçue comme un complément au Droit successoral ou aux règles du Droit des affaires. Aux Pays-Bas, la poursuite d'un but spécifique suffit également à caractériser la fondation. Au Portugal comme en Espagne, en revanche, la réalisation d'un but d'intérêt général est de l'essence de la fondation.

27. La même diversité caractérise le mécanisme juridique employé. Ainsi, dans certains pays, le terme fondation désigne la fondation non personnalisée alors que dans d'autres, il est réservé aux fondations-personnes morales.

Si l'on se limite au mécanisme de la fondation-personne morale, on constate néanmoins quelques similitudes dans le contenu des actes de création d'une personne morale dans les différents pays européens. Ainsi, l'acte de fondation comporte presque toujours la détermination du but et des biens de la fondation projetée. La création d'une *fondazione* exige ainsi deux actes distincts pouvant être réunis dans un même document : la décision de fonder et la dotation des biens. Au Portugal, l'acte de fondation, qui doit indiquer le but et préciser les biens qui lui sont destinés, peut aussi donner des instructions sur l'organisation et le fonctionnement de la fondation. Pour sa part, l'acte de fondation allemand doit préciser quels sont le fondateur, le nom de la fondation, le but à poursuivre et les biens dont elle sera dotée.

28. La manifestation de volonté exprimée dans l'acte de fondation est généralement complétée par un acte des pouvoirs publics. Toutefois, le rôle joué par la puissance publique dans la création de fondations dotées de la personne morale diffère sensiblement d'un pays à l'autre. Ainsi, en Allemagne, la naissance de la *Siftung* dépend d'une autorisation administrative donnée, sous forme écrite, dans la plupart des Länder par le Regierungspräsident de la région (sorte de super préfet). L'octroi de cette autorisation administrative est subordonné à la réunion de certaines conditions, comme l'existence

d'un patrimoine suffisant ou la conformité du but de la fondation à l'ordre public et à la loi. La *fondazione* italienne et la fondation portugaise acquièrent également la personnalité juridique par la reconnaissance de l'Etat ou de la région. La *fundacion* espagnole acquiert, en revanche, la personnalité morale dès sa constitution par acte notarié et son inscription au registre des fondations, à l'exception toutefois des fondations culturelles privées qui doivent obtenir la reconnaissance préalable du ministère de l'Education et de la Science. De la même façon, aucune intervention de l'autorité publique n'est requise pour la *Stichting* hollandaise ; l'inscription de l'acte constitutif sur un registre tenu par les Chambres régionales de commerce suffit.

Dans ces pays, une surveillance administrative, dont l'objet et les modalités varient selon les pays, est généralement instituée par les textes. En Allemagne, elle a pour but d'éviter les carences des institutions de la fondation et de contrôler les actes les plus importants de la fondation au moyen d'une autorisation administrative préalable. Pour le reste, elle ne s'exerce que lorsque l'autorité de surveillance est avertie de l'illégalité de la gestion ou du non-respect des statuts. L'autorité de surveillance dispose alors d'importants pouvoirs d'information et d'intervention pour rétablir l'ordre légal ou statutaire. En Espagne, est institué un « protectorat », sorte de tutelle souple, qui est exercée par le Ministère dont relève la fondation et veille au bon fonctionnement de la *fundacion* et au respect de son objet. Ce protectorat autorise toutefois l'autorité de surveillance à intervenir directement auprès des organes dirigeants.

29. La variété des législations européennes rend improbable, au moins dans un avenir prochain, l'élaboration d'un cadre juridique commun aux pays de l'Union européenne. Nous en voulons pour preuve l'échec de la proposition de résolution sur les fondations et l'Europe élaborée par le Parlement européen¹. Cette instance européenne s'était en effet donnée pour objectif de faciliter l'activité des fondations opérant à l'échelle européenne. A cette fin, était proposé l'établissement d'un registre des fondations opérant en Europe, la création d'une reconnaissance « d'utilité européenne » accordée aux fondations en fonction de leur objet et de leur résultat et source d'avantages fiscaux pour elles (article 6 de la proposition) ainsi que l'élaboration d'un code de bonne conduite pour les fondations reconnues d'utilité européenne (article 10 de la proposition). Il était enfin prévu que les

¹ Rapport de la commission de la culture du Parlement européen sur les fondations et l'Europe, 1993.

tribunaux pourraient prononcer la dissolution des fondations sur demande d'un organe gouvernemental.

Pour pallier l'absence de statut des fondations européennes a été présenté un autre projet établi à l'initiative d'un député français du Parlement européen¹. Ce projet de règlement en cours de négociation instaure un statut supranational sous forme de la reconnaissance de la personnalité juridique des associations qui répondront à la définition d'association européenne. Cette dernière était, à l'origine, définie comme « un groupement de personnes... qui, dans le cadre d'une structure permanente légalement admise, coordonnent leurs efforts en vue de poursuivre un objectif commun dans des conditions qui sont exclusives de toute intention lucrative de la part des membres qui constituent l'association ». Si cette définition semblait être faite sur mesure pour les associations, elle était en revanche mal assortie à la fondation. On ne peut alors que se féliciter de la version la plus récente du règlement, qui fait bénéficier de la qualité d'association européenne toute autre entité juridique similaire². Les objectifs de l'association doivent avoir une dimension européenne. La reconnaissance de la qualité d'association européenne confère à son bénéficiaire le droit d'ester en justice, d'acquérir des biens immobiliers à condition qu'ils soient nécessaires à son but ainsi qu'un régime fiscal de faveur.

30. Ces différentes conventions ou propositions ont en commun de faciliter l'activité internationale des fondations. Mais, elles n'enlèvent pas aux Etats la liberté de régir comme bon leur semble la constitution et le fonctionnement des fondations. Et on ne peut ignorer que la relative rigueur d'un système national encourage les fondateurs potentiels à se placer sous l'empire de législations plus favorables. On entrevoit alors toute l'utilité d'explorer le régime juridique français des fondations.

31. Pour ce faire, nous nous proposons d'utiliser l'ambivalence du terme de fondation pour construire le plan de la recherche. Il s'agit alors de distinguer l'acte de fondation du résultat de l'affectation, à savoir le fonctionnement du service d'intérêt général. Ce plan

¹ Sur la question, cf. M. Révillard, *Jurisque Société*, fasc. 174-D, Associations en Droit international privé, 1991 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *Le projet d'association européenne*, J.C.P. 1988, I, 3345.

² La compatibilité de la fondation à la définition d'association européenne demeure néanmoins problématique. Ainsi, est-il exigé que les membres de l'association européenne soient des ressortissants d'au moins deux Etats différents. Or, nous verrons que la fondation, qui n'est pas un groupement de personnes, ne comportent pas de membres. Dans ces conditions, il lui est difficile de respecter la proportion de 2/3 au plus de membres d'une même nationalité ou établis dans un seul Etat membre.

visé à rendre compte d'une façon simple du mécanisme évolutif des fondations. La technique juridique de la fondation a, en effet, pour but de donner naissance à un service d'intérêt général. C'est à cette nécessité que pourvoient les procédés créateurs de fondations qui seront étudiés dans une première partie. Ces procédés organisent plus précisément une technique de gestion du service d'intérêt général, qui doit être d'autant plus performante que le service d'intérêt général a, en principe, vocation à perdurer. La disparition du service apparaîtra ainsi comme accidentelle. En revanche, et par exception au principe de pérennité des fondations, la disparition du service d'intérêt général dans l'hypothèse de la fondation d'entreprise est programmée. C'est au fonctionnement du service d'intérêt général et à sa disparition - accidentelle ou prévue - que la seconde partie sera consacrée.

PREMIERE PARTIE

LA CREATION DES FONDATIONS

32.L'exposé des procédés créateurs de fondations (Titre I) apparaît comme le préalable nécessaire à une approche plus critique des modes de fonder qui aboutira, le cas échéant, à des propositions d'améliorations du droit positif (Titre II).

TITRE I- ETUDE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS EN DROIT POSITIF.

33. En l'état, le Droit positif connaît deux modes de fonder. Ils se résument tout deux en un transfert de biens à un sujet de droit, soit que ce sujet de droit soit préexistant à la création de l'œuvre d'intérêt général, soit qu'il soit créé expressément un sujet de droit nouveau.

En effet, lorsque le fondateur crée au sein de son patrimoine une œuvre d'intérêt général qu'il fait fonctionner à l'aide de certains biens, il n'est pas possible de caractériser l'existence d'une fondation. Un doute a pu néanmoins surgir du fait de la rédaction de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987. En effet, une interprétation a contrario de cet article aurait pu accréditer l'idée que l'acte de fondation, lorsqu'il n'a pas pour but de créer une personne morale nouvelle, permet d'affecter des biens sans qu'il y ait lieu de transférer les biens affectés.

Dans une première version, le fondateur pourrait désormais constituer un patrimoine d'affectation à l'intérieur de son patrimoine c'est-à-dire séparer une masse de biens de son patrimoine général¹. L'étude des travaux préparatoires de la loi du 23 juillet 1987 conduit néanmoins à réfuter une telle interprétation. Elle révèle clairement que les auteurs de la loi du 23 juillet 1987 ont simplement voulu entériner la pratique antérieure, c'est-à-dire la réalisation de fondation par création d'une personne morale nouvelle ou par le recours au mécanisme du transfert de biens à une personne morale préexistante².

¹ En ce sens, P. Raynaud, Les fondations, problèmes de droit civil, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, op. cit., p. 41 et s. et spéc., p. 42.

² Cf. par ex., G. Trémège, rapport n° 836 fait au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 153 et s. La définition législative de la fondation reprend d'ailleurs presque mot pour mot la définition donnée par le Conseil d'Etat reproduite dans une réponse ministérielle : v. Réponse du

Dans une autre version de l'affectation sans transfert, l'acte d'affectation aurait seulement pour effet de mettre les biens à la disposition de l'œuvre¹. Selon les tenants de cette interprétation, le fondateur resterait alors propriétaire des biens affectés. A cette opinion il est néanmoins permis d'objecter que si le fondateur demeure propriétaire des biens affectés à l'œuvre, on devrait lui reconnaître le pouvoir de mettre fin à l'affectation, à tout moment et à son gré. Il ne pourrait en être autrement que s'il était possible d'admettre que les biens peuvent être inaliénables - au moins à titre onéreux - en dehors d'un acte translatif de biens. Or, il ne semble pas qu'en l'état, le Droit positif le permette². Dès lors, faute de respecter le caractère irrévocable de l'affectation, un tel procédé ne saurait constituer un acte de fondation³.

Ces précisions apportées, l'étude des procédés créateurs de fondations peut être entreprise. Seront donc successivement abordées l'affectation de biens sans création d'une personne morale nouvelle (chapitre I), puis l'affectation de biens par création d'une personne morale nouvelle (chapitre II).

ministre de l'intérieur à M. le Douarec, J.O, A.N, 27 août 1977, Débats, Q, p. 5290.

¹ En ce sens, J. Carbonnier, Droit civil, Les personnes, op. cit., n° 220.

² V. Angers, 18 déc. 1878, D. 1879, 2, 172 ; Civ., 22 juill. 1896, D.P. 1898, 1, 17, note M. Planiol. Ces arrêts ont affirmé la nullité de la clause d'inaliénabilité en dehors d'un acte translatif dans des hypothèses où le donateur entendait affecter des biens qui appartenaient déjà au donataire au même usage que les biens, objet de la donation, en les frappant d'inaliénabilité. La solution peut être néanmoins transposée à notre hypothèse puisqu'il s'agit dans les deux cas d'inaliénabilité stipulée en dehors d'un acte translatif. Sur l'appréciation de cette jurisprudence, cf. S. Guinchard, thèse préc., n° 353.

M. Carbonnier reconnaît d'ailleurs que l'admission d'un acte d'affectation de cette sorte soulèverait des questions relatives à la forme et la publicité de cet acte (op. cit., n° 220).

³ En ce sens, M. de Vareilles-Sommières, op. cit., n° 1420 ; E. Coquet, thèse préc., n° 73.

CHAPITRE I- AFFECTATION DE BIENS SANS CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE.

34. Etant donné les caractères de l'affectation précédemment énoncés¹ qui consistent en une affectation pérenne, irrévocable et individualisée de biens, un transfert pur et simple de biens à une institution personnalisée ne saurait constituer un acte de fondation². De fait, la fondation se réalise par la transmission de biens à une personne juridique préexistante (le « chargé d'affectation » ou affectataire) qui aura pour mission de donner aux biens la destination voulue par le fondateur.

Ce mode de fonder a jadis été contesté. D'aucuns³ lui déniaient la qualité de fondation réservant ce label à la fondation reconnue d'utilité publique expressément créée à cette fin. La loi du 23 juillet 1987 modifiée a mis fin à la difficulté en permettant expressément de dénommer « fondation » les biens transmis à une personne juridique préexistante. Plus précisément, peut bénéficier de l'appellation de fondation l'affectation irrévocable de biens gérés directement par une fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre (article 20 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée).

35. Faut-il alors réserver aux fondations reconnues d'utilité publique le rôle d'« affectataire » ? Nous ne pensons pas qu'il faille accorder une telle portée à cette disposition. D'abord, parce qu'elle ne porte pas définition de la fondation non autonome mais n'a trait qu'au bénéfice de l'appellation de fondation. En outre, il n'y a aucune raison de refuser à un acte la qualification d'acte de fondation dès lors qu'il réunit en lui tous les éléments constitutifs de la fondation (pérennité, objet patrimonial, finalité d'intérêt

¹ Cf. supra, n° 9 et s.

² En ce sens, P. Grunebaum-Ballin, La séparation des Eglises et de l'Etat, Société nouvelle de librairie et d'édition, 2^{ème} éd., 1905, p. 96. Cette conception semble accréditée par les praticiens. Ainsi, la libéralité pure et simple est-elle présentée par la Fondation de France comme un procédé créateur de fondations.

³ En ce sens, R. Saleilles, Rapport préliminaire à la Commission des fondations, Bulletin de la Société d'études législatives, Paris, Rousseau, 1908, p. 357 et s. et spéc., p. 358.

général)¹. Cette conviction est renforcée par le fait qu'aucun régime juridique spécifique n'est imposé à la fondation gérée par une fondation reconnue d'utilité publique.

36. Si le législateur a pris soin de préciser que la fondation pouvait être réalisée par la transmission de biens à une personne morale préexistante, il n'a pas jugé bon d'indiquer la nature juridique d'un tel acte. Pourtant, la qualification de l'acte de fondation (Section I) présente un intérêt certain puisqu'elle détermine, en partie, les conditions d'efficacité de l'acte de fondation (Section II).

¹ Cf. *supra*, n° 9 et s.

SECTION I- QUALIFICATION DE L'ACTE DE FONDATION.

37. Lorsque la réalisation de l'affectation est confiée à une personne désignée par le fondateur, l'acte qui la réalise consiste à lui transmettre des biens en lui imposant de satisfaire à ses prescriptions. L'acte de fondation impose à son destinataire au moins deux obligations : celle de créer l'œuvre et celle d'en assurer personnellement le fonctionnement au moyen des biens affectés. Le fondateur peut, en outre, adjoindre certaines exigences quant à l'organisation du service ou à l'emploi des biens.

Ces prescriptions du fondateur prennent corps dans une clause de l'acte qu'il convient d'appeler, pour la facilité de l'exposé, la clause d'affectation.

38. Traditionnellement, la doctrine¹ classe l'acte de fondation dans la catégorie des actes à titre gratuit (plus précisément des libéralités). Loin de se contenter de ce postulat, il faut rechercher, au contraire, s'il n'est pas possible de voir dans la clause d'affectation la contrepartie onéreuse du transfert patrimonial (paragraphe I).

L'étude serait incomplète si elle ne tenait pas compte des données nouvelles du mécénat et en particulier, de l'entrée en scène des entreprises. Les entreprises, en subventionnant une activité d'intérêt général, agissent dans un but de promotion commerciale : elles tentent, par ce biais, d'améliorer leur image de marque en associant leur nom à une action d'intérêt général. La recherche d'une contrepartie permet de s'interroger sur la gratuité d'un tel acte (paragraphe II).

Paragraphe I- Qualification de l'acte de fondation de droit commun.

39. Si l'on s'en tient à l'analyse classique, l'acte de fondation appartient sans conteste à la catégorie des libéralités en raison de sa finalité d'intérêt général. Un rappel des éléments constitutifs de l'acte à titre gratuit (A) est nécessaire pour déterminer la nature gratuite ou onéreuse de l'acte de fondation (B). Nous verrons ainsi que si la classification de l'acte de

¹ Remarquons en ce sens que l'étude des fondations est insérée dans les ouvrages sur les libéralités. Voy. par ex., F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 589 et s. ; J. Flour et H. Souleau, Droit civil, Les libéralités, op. cit., n° 365 et s. ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, Successions, Libéralités, 5^{ème} éd., par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1413 et s. ; P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 333 et s. ; A. Sériaux, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 67, 68.

fondation parmi les libéralités s'imposera souvent (C), cela n'est pas systématique (D). La qualification de l'acte de fondation permettra alors de déterminer le traitement fiscal applicable (E).

A- Les éléments constitutifs de l'acte à titre gratuit : l'absence d'équivalence objective et subjective des sacrifices antagonistes.

40. Les articles 1105 et 1106 du Code civil ne fournissent aucun critère distinctif satisfaisant du titre onéreux et du titre gratuit. En effet, en précisant que l'acte n'est à titre gratuit que si l'avantage reçu par le bénéficiaire est purement gratuit, l'article 1105 semble exclure de son domaine d'application les libéralités avec charges. L'article 1106 du Code civil, pour sa part, assimile l'acte à titre onéreux au contrat synallagmatique rejetant ainsi dans l'onérosité les libéralités avec charges du fait de la réciprocité des obligations qu'elles créent et surtout, excluant les contrats unilatéraux du domaine de l'onérosité¹.

Les articles du Code civil soumettant certains modes de disposition à titre gratuit à l'observation de solennités ne nous sont pas davantage d'un quelconque secours.

D'abord, parce que tous les actes à titre gratuit ne revêtent pas les formes solennelles auxquelles sont assujetties les libéralités².

Ensuite, on ne saurait irréfragablement déduire de l'usage de ces formes la nature juridique d'un acte, la forme qu'emprunte un acte ne pouvant prévaloir sur sa nature juridique véritable sous peine de laisser la porte ouverte à toutes les fraudes³. Aussi le critère formel ne saurait être, au plus, qu'un indice de gratuité, qu'un élément de qualification.

¹ Pour la contestation de l'interprétation de cet article, voir J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932, p. 736, note n° 194. Celui-ci considère que la théorie objective ne s'oppose pas à la reconnaissance du caractère onéreux d'un contrat unilatéral. Pour cet auteur, la réciprocité des obligations, témoin du contrat synallagmatique, et l'équivalence économique des prestations sont deux choses différentes. En effet, le déplacement bilatéral de valeurs économiques est tout à fait concevable dans un contrat unilatéral. L'auteur en veut pour preuve le prêt à intérêt qui, s'il n'engendre des obligations qu'à la charge de l'emprunteur, entraîne un déplacement bilatéral de valeurs économiques. Dans cette hypothèse, « le prêteur transfère la jouissance de son capital à l'emprunteur, celui-ci lui transfère en retour les intérêts, équivalent économique de cette jouissance ».

² D'ailleurs, la jurisprudence a atténué l'exigence de solennités pour les libéralités en soustrayant certaines donations aux formes solennelles. Il en est ainsi des dons manuels : voy. par ex., Civ. 1^{ère}, 11 juill. 1960, D. 1960, J., 702, note P. Voirin, G.P. 1961, 1, 39 ; Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 17. Sur la question, cf. J.F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 209, 1989, préface B. Teyssié.

³ En ce sens, C. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, tome 6, 2^{ème} édition, par P. Voirin, 1934, Paris, Rousseau, n° 8, p. 10 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Successions, Libéralités*, Sirey, 1983, n° 292.

41. La délicate question de la définition de l'acte gratuit a longtemps opposé deux tendances doctrinales : d'un côté, les partisans de la théorie objective pour lesquels le seul élément matériel (l'existence d'un avantage) caractérise le titre gratuit et de l'autre, les subjectivistes promouvant l'élément intentionnel (l'intention libérale) au rang d'unique élément distinctif des titres gratuit et onéreux.

42. **La théorie objective** accordant la prépondérance à l'élément objectif jusqu'à en faire le seul élément de l'acte à titre gratuit a été défendue par d'éminents auteurs tels Planiol et M. le Doyen Carbonnier¹.

Ainsi, selon Planiol et Ripert², l'acte serait à titre onéreux « lorsque chacune des parties a reçu ou reçoit, sous la forme d'une dation immédiate ou d'une promesse pour l'avenir, un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre » et à titre gratuit « lorsqu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange ». La seule comparaison de la valeur respective des patrimoines avant et après l'opération suffirait à établir la gratuité ou l'onérosité de l'acte.

Selon cette opinion, l'intention libérale n'a pas de réelle existence et se confond, soit avec le consentement à la libéralité³ (tout au moins lorsque l'intention libérale est entendue comme la conscience et la volonté de ne pas recevoir d'équivalent), élément commun à tous les actes juridiques, soit avec l'élément matériel. Cette thèse prend appui sur certains textes du Code civil : les articles 893 et 894 qui ne font pas état de l'intention libérale dans la définition de la libéralité et l'article 1106 délimitant l'acte à titre onéreux par la dualité des prestations sans faire référence à un quelconque élément intentionnel.

Selon ces auteurs, il serait artificiel de distinguer dans l'acte de volition du disposant le consentement entendu comme la pure volonté de s'obliger et l'accord de volonté sur le contenu concret de l'acte. Dès lors, si l'intention libérale est réduite à n'être qu'un aspect du consentement, les vices de consentement de l'acte à titre gratuit se confondent avec les vices de l'intention libérale.

¹ J. Carbonnier, thèse préc., n° 194 et s.

² Traité pratique de droit civil français, tome 6, Obligations, 2^{ème} éd., par P. Esmein, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 37 et M. Planiol, note sous Nîmes, 22 janv. 1890, D.P. 1891, 2, 113.

³ En ce sens, A. Ponsard, Les donations indirectes, thèse Dijon, 1946, p. 53 ; J. Carbonnier, thèse préc., p. 738 et 739 ; J.J Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, thèse Toulouse, 1955, n° 154 ; J. Valloir, Essai sur la notion d'acte à titre gratuit, thèse Rennes, 1919, p. 102.

La conception objective soutient, par ailleurs, qu'il y aurait confusion entre élément matériel et intention libérale ou plus subtilement, absence d'autonomie de l'intention libérale, cette dernière étant subordonnée à la constatation de l'élément matériel.

43. Ces arguments ne convainquent guère.

D'abord, le titre onéreux se conçoit, en Droit positif, en dehors de tout appauvrissement équivalent des patrimoines. L'avantage peut résulter des « activités qui ne portent pas atteinte au patrimoine »¹.

Ensuite, l'assimilation de l'intention libérale au consentement à l'élément objectif est discutable. La preuve en est que l'intention libérale peut exister alors que le consentement est vicié. Ainsi, lorsque le disposant a fait une libéralité sous l'emprise du dol ou de l'erreur, il a bel et bien voulu enrichir gratuitement c'est-à-dire sans contrepartie, le gratifié. L'intention libérale n'est pas discutable et pourtant, l'acte est nul pour vice de consentement.

Ceci n'empêche pas que les deux notions (consentement et intention libérale) soient bien proches : l'intention libérale est une qualité particulière du consentement et lui est « antérieure » en ce sens qu'elle représente « la volonté intime du disposant qui s'extériorisera par le consentement »².

La critique tendant à assimiler l'élément intentionnel à l'élément matériel ou à en faire un élément accessoire parce que subordonné n'emporte pas davantage la conviction. Elle implique d'abord que les éléments objectifs suffiraient, à eux-seuls, à qualifier l'acte juridique. Or, seule l'intention libérale permet de distinguer une vente lésionnaire d'une libéralité. Ainsi, que l'a relevé M^{me} Méau-Lautour, « la seule constatation d'un déséquilibre objectif ne renseigne pas sur l'équivalence que les parties ont attribuée à leurs sacrifices respectifs et ne permet pas de conclure dans tous les cas . C'est donc qu'il y a, à côté de l'élément matériel, quelque chose qui lui est irréductible »³.

De plus, la subordination de l'élément intentionnel à l'élément matériel n'est pas spécifique à l'intention libérale. Elle « ne l'est pas plus que l'appréciation subjective de

¹ F. Lucet, Des rapports entre régimes matrimoniaux et libéralités entre époux, thèse Paris II, 1987, n° 16, p. 24.

² R. Le Guidec, Jurisclasseur civil, article 893-895, 1995, n° 44.

³ H. Méau-Lautour, La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 184, 1985, préface P. Raynaud, n° 72, p. 63.

l'équivalence qui conduit à la qualification onéreuse et qui, elle-même, repose sur ce même élément matériel »¹.

L'élément intentionnel ne doit donc pas être abandonné au profit de l'élément matériel mais, à l'inverse, on ne saurait lui accorder la primauté comme l'ont fait certains.

44. Les conceptions les plus subjectives voient en effet dans l'intention libérale, entendue dans une acception affective, l'unique critère distinctif du titre gratuit².

Dans cette acception, l'intention libérale consiste en un sentiment de pure bienveillance, une pensée entièrement altruiste et désintéressée, « la volonté de préférer autrui à soi-même »³. Les partisans de cette théorie⁴ réservent la place prééminente à cet élément : selon eux, la présence de cet élément suffit à rendre un acte gratuit alors même, qu'objectivement, cet acte comporte des avantages équivalents. A l'inverse, la simple satisfaction d'un intérêt moral (caprice, fantaisie) du disposant est de nature à exclure l'intention libérale même si l'acte comporte une unique prestation. De même, la prestation imposée au gratifié qui ne confère au disposant aucune contre-valeur rend l'acte à titre onéreux, dès lors que le disposant a escompté de l'exécution de la prestation un bénéfice économique. Ainsi, le promoteur qui impose à la commune la construction d'une église en espérant que cette dernière donnera aux terrains voisins qu'il possède une plus-value accomplit un acte onéreux. Pourtant, l'avantage matériel escompté n'est qu'indirect, voire éventuel.

En fait, ces théories, dites théorie de l'intérêt moral ou matériel, consacrent la qualité de l'intention du disposant comme équivalent du titre onéreux⁵. Elles ont d'ailleurs rencontré un certain succès en jurisprudence¹. Elles se heurtent pourtant à de solides objections.

¹ Ibid., n° 77, p. 67.

² En ce sens, L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, n° 239. Si celui-ci reconnaît que l'acte à titre gratuit suppose « un bienfait procuré par l'une des parties à l'autre », il ajoute cependant que « pour qu'un acte soit conçu sur le mode gratuit la première condition de toutes et presque la seule c'est qu'il procède d'une intention libérale » (n° 293). Voy. également, J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 267, qui fait de l'intention libérale un « souverain arbitre » ; J. Valloir, thèse préc., p. 104 selon lequel « il faut qu'à son intérêt personnel, il (le disposant) ait préféré l'intérêt d'autrui ».

³ J.J Dupeyroux, thèse préc., p. 19 ; auparavant, v. J. Hamel, thèse préc., p. 23.

⁴ Partisans de cette conception : G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, Cours de droit civil approfondi et comparé, Paris, 1930-1931, p. 32 ; J. Hamel, thèse préc., 1920, p. 371, 372.

⁵ C'est pourquoi l'intérêt personnel du disposant est invoqué tant sur le terrain de l'élément matériel que sur celui de l'élément intentionnel. Se substituant à l'élément matériel, l'intérêt personnel du disposant à la libéralité élude la nécessité d'une contrepartie. Il est cependant nécessaire de nuancer cette affirmation lorsque l'intérêt personnel invoqué est un intérêt matériel. En effet, il est difficile de concevoir un cas

45. La théorie de l'intérêt moral consacre un total arbitraire des juges du fond dans la recherche souvent hasardeuse des intentions des parties². Elle est surtout un facteur de désintégration du titre gratuit³ en raison de la quasi-absence d'actes dépourvus de mobile intéressé. Comme le notait Vialleton⁴, « c'est le maître écrivain du « Prométhée mal enchaîné » qui a développé l'idée que l'acte gratuit véritable n'existe pas, qu'il ne pourrait exister que dans des circonstances invraisemblables...Car la nature humaine est ainsi faite que le désintéressement absolu, total, l'absence de toute arrière pensée de quelque nature que ce soit, sont pour ainsi dire incompatibles avec la norme de son activité ».

La théorie de l'intérêt matériel, plus séduisante au premier abord que la précédente, n'en pose pas moins autant de difficultés pratiques tant les considérations morales et matérielles sont entremêlées.

Mais surtout, ces théories présentent l'inconvénient majeur de s'attacher au seul état d'esprit du disposant pour qualifier un acte au lieu de s'intéresser à la contre-prestation de

concret dans lequel le disposant obtiendrait un avantage matériel, même indirect, sans que le gratifié n'exécute de prestation.

¹ Pour l'intérêt moral comme équivalent suffisant, voy. par ex., T. civ. Langres, 15 mars 1900, D. 1900, 2, 422 ; plus récemment, cf. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988 (J.C.P. 1989, II, 21373, note M. Béhar-Touchais, Rép. Déf. 1988, art. 34373, obs. J. Honorat et R.T.D.C. 1988, 800, obs. J. Patarin) qui se contente de la satisfaction morale et religieuse de l'auteur d'un apport immobilier à une association pour refuser de qualifier de libéralité (plus précisément de donation indirecte) la renonciation de l'apporteur à la clause de retour de l'apport. A première vue, intérêt moral et gratuité paraissent désormais incompatibles. Nous ne pensons toutefois pas qu'il faille accorder à cet arrêt une telle portée, car cette décision paraît inspirée par des considérations d'équité liées à l'espèce considérée. D'ailleurs, la compatibilité entre intérêt moral et gratuité a longtemps été démontrée par la jurisprudence intervenue sur la validité des libéralités entre concubins. Ces libéralités témoignaient en effet de l'intérêt moral du disposant à leur exécution et l'acte n'est pas pour autant disqualifié en un acte à titre onéreux (voy. par ex., Req., 26 mars 1860, D. 1860, 1, 255 ; Civ. 1^{re}, 4 nov. 1982, Bull. civ. I, n° 321).

Sur la nécessité de constater un profit matériel du disposant, Civ., 8 nov. 1911, D. 1912, 1, 289, note A. Guillois (31^{ème} espèce) ; Paris, 24 juill. 1913, D. 1914, 2, 53, note H.L. ; Req., 17 nov. 1913, D. 1922, 1, 84 (4^{ème} espèce) et plus récemment, Bordeaux, 2 mars 1989, Juris-data n° 045067, qui décide que l'annonce par courrier d'un gain au jeu par tirage au sort n'est pas une donation s'agissant d'une opération de promotion commerciale sans intention libérale.

² Ce grief n'est pourtant pas décisif, car la jurisprudence a été amenée dans d'autres domaines à scruter les mobiles des parties. Nous en voulons pour preuve l'appréciation de la licéité de la cause par les juges du fond (cf. par ex. l'annulation des donations entre concubins ayant une cause immorale). Il semblerait néanmoins que la jurisprudence annulant les donations entre concubins ayant une cause immorale ait été abandonnée par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1999 (Bull. civ. I, n° 43, J.C.P. 1999, II, 10 083, note M. Billiau et G. Loiseau, D. 1999, J., 267, rapport sur et note sous par X. Savatier et J.P Langlade-O' Sughrue, Rép. Déf. 1999, art. 36998, n° 30, obs. J. Massip, Rép. Déf. 1999, art. 37017, n° 62, obs. G. Champenois ; L. Leveneur, Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?, J.C.P. 1999, I, 152).

³ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 75 ; J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 41.

⁴ H. Vialleton note sous Civ., 24 janv. 1928, S. 1929, 1, 137.

l'accipiens. Or, le titre onéreux ne peut se concevoir sans des prestations réciproques fournies par les parties.

Seule donc, une conception abstraite de l'intention libérale permet d'échapper à ces dérives et de faire de celle-ci un élément catégorique¹ de l'acte à titre gratuit. L'intention libérale est alors « la conscience et la volonté, chez le disposant, de ne pas recevoir d'équivalent, de contrepartie »² étant entendu que la seule connaissance du déséquilibre est insuffisante à la caractériser³.

46. Les deux tendances doctrinales précédemment exposées (théorie objective et théorie subjective) ne peuvent être retenues parce qu'excessives, la seconde accordant trop d'importance à la psychologie de l'auteur de l'acte, la première n'en accordant aucune. Une conception médiane de la gratuité s'impose. En outre, elle seule permet de rendre compte de la réalité du droit positif. En effet, la Cour suprême n'hésite pas à casser systématiquement les décisions qualifiant un acte d'acte à titre gratuit sans relever l'existence d'un avantage objectif sans contrepartie ou à l'inverse, retenant la qualification de libéralité sans constater l'intention libérale⁴.

Aussi, la quasi-totalité de la doctrine actuelle⁵ adopte-t-elle une conception intermédiaire pour définir l'acte à titre gratuit. L'acte à titre gratuit est ainsi caractérisé par

¹ Dans sa fonction catégorique, la cause de la libéralité a été diversement définie par les auteurs. Certains, dans leur volonté « d'objectiviser » la cause, la confondent avec l'intention libérale abstraite. Il est vrai que seule l'intention libérale abstraite (volonté de ne pas recevoir de contrepartie) peut constituer un instrument de catégorisation du titre gratuit puisque, contrairement aux motifs variables selon le contrat considéré, elle se retrouve à l'identique dans chaque type de contrat.

Mais si l'intention libérale constitue un élément catégorique de l'acte à titre gratuit, elle n'est pas pour autant *la cause* catégorique de l'acte à titre gratuit. L'élément matériel importe tout autant que l'élément intentionnel pour la catégorisation de l'acte : en ce sens, F. Lucet, thèse préc., n° 21, p. 29 ; H. Méau-Lautour, thèse préc., n° 438, p. 322.

² J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 42. Voy. également, H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1325 ; J.F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 91, 1969, préface J. Bréthe de La Gressaye, p. 192 et s. ; D. Laszlo-Fenouillet, La conscience, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 235, 1993, préface G. Cornu, n° 145, p. 84. Certains auteurs ont préféré cumuler les deux conceptions de l'intention libérale (A. Ponsard, thèse préc., p. 53-54).

³ Elle ne saurait non plus se borner à n'être qu'un « vernis verbal appliqué au consentement ». Pour une autre justification de la nécessité de l'intention libérale fondée non sur son rôle catégorique mais sur sa fonction de lien entre les éléments objectifs et subjectifs de l'acte juridique, v. F. Lucet qui voit dans l'intention libérale un « élément de mise en place et de justification de l'enrichissement par un dialogue entretenu avec l'élément matériel » (thèse préc., n° 23, p. 33).

⁴ V. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1977, Bull. civ. I, n° 259, J.C.P. 1977, IV, 193, Rép. Déf. 1977, art. 31582, n° 115, obs. G. Champenois.

⁵ Voy. par ex., J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 30 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 247 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, Successions, Libéralités, op. cit.,

l'existence d'un avantage et l'absence volontaire de contrepartie équivalente, la gratuité étant à la fois objective et subjective¹.

47. Même ainsi précisée, la définition peut engendrer des difficultés de qualification notamment sur la nature de l'équivalent pris en considération pour le titre onéreux. Ce sont les dispositions avec affectation qui sont ici en cause.

Dans quels cas la prestation imposée à l'accipiens constitue-t-elle l'équivalent constitutif du titre onéreux ? Les théoriciens de l'équivalent ont tenté d'apporter une réponse à cette question. Dans une première variante, « constitue l'équivalent du titre onéreux la prestation dont l'exécution correspond chez celui qui l'a imposée à son cocontractant à la satisfaction d'un mobile intéressé »². Ainsi définie, la théorie de l'équivalent moral paraît bien proche de celle de l'intérêt moral dans la mesure où elle accorde la primauté au mobile poursuivi par le souscripteur³ et, pour les mêmes raisons, elle doit être rejetée.

Aussi, a-t-on suggéré de lui substituer le critère de l'équivalent économique. Dans cette opinion, pour que l'acte soit à titre onéreux, l'équivalent recherché doit être de nature patrimoniale, économique. Si séduisante qu'elle puisse paraître, la théorie de l'équivalent économique exposée par Maury⁴ est impropre à tenir lieu de critère distinctif car, à l'usage, elle se révèle ou trop étroite (si la contre-prestation exigée est celle à laquelle l'usage accorde une valeur pécuniaire) ou trop imprécise (si la contre-prestation envisagée est celle susceptible d'avoir une valeur pécuniaire, ce qui est le cas de la quasi-totalité des prestations) et par là-même, impuissante à limiter le champ de l'onérosité⁵. En outre, la théorie de l'équivalent économique pêche par son manque d'unité : ainsi, pour les donations avec charges, c'est non le caractère pécuniaire de la prestation mais la nature

n° 296 et 298 ; P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 350 et s. ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1324 et s. ; A. Sériaux, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 57 et s. ; M. Boitard, Les contrats de service gratuit, thèse Paris, 1941, p. 163, 164. Contra J.J. Dupeyroux, thèse préc., n° 155 et s.

¹ En ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 294.

² J.J. Dupeyroux, thèse préc., n° 94.

³ F. Lucet, thèse préc., note n° 36, p. 22.

⁴ Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse Toulouse 1920, tome 1, p. 57 et 71, 72.

⁵ En ce sens, J.J. Dupeyroux, thèse préc., n° 111 et s. ; F. Lucet, thèse préc., n° 15 et s.

(morale ou matérielle) de *l'intérêt* qu'a le disposant à l'exécution de la charge qui sert de critère¹.

48. L'idée de sacrifice devrait, selon M. Dupeyroux², fonder la distinction entre titre onéreux et titre gratuit. Dans cette optique, la prestation consentie ne constitue l'équivalent de l'avantage reçu que si elle réalise, chez celui qui l'effectue, un sacrifice, étant entendu que ce dernier est défini comme le préjudice subi par le gratifié du fait de l'exécution de l'acte. Dès lors, pour qu'on puisse qualifier d'onéreuse une disposition, l'équivalent doit consister en un sacrifice antagoniste de l'accipiens. Peu importe, par ailleurs, que le sacrifice ne se traduise pas par des appauvrissements patrimoniaux corrélatifs pour les parties. En revanche, la simple existence de sacrifices est insuffisante à caractériser l'onérosité ; encore faut-il relever une équivalence entre ces sacrifices corrélatifs. « Il y a acte à titre onéreux en cas d'équivalence objective ou subjective des sacrifices antagonistes »³.

49. M^{me} Méau-Lautour a, dans sa thèse, affiné la démonstration de M. Dupeyroux. Partant du postulat logique que l'acte à titre gratuit ne peut être que le contraire de l'acte à titre onéreux⁴, elle reformule la définition du titre gratuit donnée par cet auteur (et à laquelle elle reproche son illogisme) de la manière suivante : « il y a acte à titre gratuit au cas d'inéquivalence objective et subjective des sacrifices antagonistes »⁵.

En d'autres termes, l'acte à titre gratuit est celui qui fait naître au profit du gratifié un avantage résultant, soit de l'absence de contrepartie, soit du déséquilibre objectif et subjectif entre les sacrifices.

Le titre onéreux supposant l'équivalence des sacrifices, la question se ramène à savoir si la réalisation de l'affectation par l'accipiens constitue ou non un sacrifice équivalent au transfert patrimonial.

¹ En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 109 et s.

² Thèse préc., n° 125 et s.

³ Thèse préc., n° 144, p. 160.

⁴ H. Méau Lautour, thèse préc., n° 32, p. 42.

⁵ Thèse préc., n° 81, p. 70 étant entendu que l'un des sacrifices peut, selon l'auteur, être égal à zéro.

B- La nature gratuite ou onéreuse de l'acte de fondation.

50. Pour déterminer si la clause d'affectation est un équivalent-sacrifice du titre onéreux, il suffit de rechercher si l'affectation stipulée est ou non conforme à l'intérêt de l'accipiens. Si la réalisation de l'affectation imposée par le fondateur ne correspond pas à l'intérêt du gratifié (mais à celui du disposant ou d'un tiers) parce qu'elle engendre un préjudice pour lui, elle peut être un équivalent du titre onéreux. Lorsque l'exécution de l'affectation profite à l'accipiens, l'acte demeure un acte à titre gratuit.

51. Que faut-il décider lorsque l'affectation est stipulée dans l'intérêt commun de l'accipiens et du disposant ? Il est rare, en effet, que le disposant ne trouve pas un intérêt, au moins moral, à l'affectation envisagée.

Lorsque l'affectation profite à l'accipiens, peu importe que le disposant y trouve aussi un intérêt matériel ou moral. Prétendre le contraire reviendrait à valider les théories de l'intérêt moral ou matériel en promouvant la satisfaction d'une qualité déterminée en équivalent du titre onéreux. L'attitude de l'accipiens doit seule être prise en compte puisque, quel que soit l'intérêt (matériel ou moral) que le disposant trouve à l'exécution de la prestation, la *contre-prestation est la même*¹. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence semble s'être prononcée².

52. L'appréciation de l'intérêt de l'accipiens à l'exécution de l'affectation est aisée lorsque l'acte de fondation s'adresse à une personne morale. En effet, dans cette hypothèse,

¹ V. J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 148 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 321.

² En ce sens, J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 148, p. 97 ; J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 130, p. 143. Cette affirmation est déduite par ces auteurs de deux arrêts rendus en matière fiscale (Civ., 20 janv. 1930, S. 1930, 1, 281, note F. Génay et Civ., 24 fév. 1932, S. 1932, 1, 321, note F. Génay) à propos de la qualification d'apports à une association. Ces arrêts refusent de qualifier les apports d'immeubles d'actes à titre onéreux malgré l'appréciation des juges du fond selon laquelle les fondateurs de l'association attendaient de celle-ci « qu'elle assurerait l'éducation ou l'instruction des enfants des apporteurs ou de ceux de leurs amis dans des conditions auxquelles ils attachent un grand prix » (profit tant matériel que moral) au motif que les fondateurs n'ont recherché que les avantages d'ordre général résultant de l'œuvre et n'ont « stipulé aucune charge ou condition particulière dans leur intérêt propre, ou celui de leur famille ou de leurs amis ». La Cour suprême, après avoir relevé que l'affectation était conforme à la destination de la personne morale, exige donc une contre-prestation dans l'intérêt propre du disposant c'est-à-dire dans son intérêt *exclusif* pour que l'acte soit à titre onéreux.

Contra, Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988 J.C.P. 1989, II, 21373, note M. Béhar-Touchais, Rép. Déf. 1988, art. 34373, obs. J. Honorat et R.T.D.C. 1988, 800, obs. J. Patarin, qui se contente de la satisfaction morale et religieuse de l'auteur d'un apport immobilier à une association pour refuser de qualifier de donation indirecte la renonciation à la clause de retour d'un apport (sur la portée de cet arrêt, voir supra, n° 44, note 1). Cf. également F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 253 pour lesquels la jurisprudence est fluctuante. Dans le même sens, D. Laszlo-Fenouillet, thèse préc., n° 145, note 408.

il suffira de vérifier si l'affectation est conforme à la mission qui lui est assignée par la loi ou les statuts¹. Ainsi, lorsque l'affectation est conforme à la mission de la personne morale, la disposition est gratuite, car elle n'impose aucun sacrifice au gratifié. Par exemple, la disposition par laquelle un individu donne une somme d'argent à un hôpital pour y installer de nouveaux lits est gratuite car elle va permettre à l'hôpital de remplir au mieux sa mission qui est de soigner.

La disposition est, au contraire, onéreuse lorsque la vocation de la personne morale attributaire des biens est étrangère à l'affectation envisagée puisqu'elle impose alors un sacrifice à l'accipiens. Pour reprendre l'exemple précédent, la disposition par laquelle l'hôpital reçoit une somme d'argent à charge pour lui de construire un musée est onéreuse, car elle n'augmente pas le pouvoir d'action de l'hôpital.

53. Lorsque l'acte de fondation est adressé à une personne physique, il faut, selon nous, toujours conclure à l'onérosité de l'acte. En effet, l'affectation de biens à un but d'intérêt général correspond rarement à un désir de l'accipiens puisque ne lui profitant pas personnellement. On peut aisément imaginer qu'il aurait envisagé, s'il avait eu le choix, un emploi des biens qui lui soit plus avantageux.

54. Ces conclusions n'ont pas été admises sans mal. Ainsi, la gratuité d'une disposition assortie d'une clause imposant à une personne morale d'accomplir une mission conforme à ses activités habituelles a été contestée² au motif qu'une fois les biens utilisés à l'emploi prévu par le disposant, l'accipiens n'est pas plus riche qu'avant, l'accomplissement de la charge pouvant même entraîner une dépense supérieure au montant des biens affectés. Une telle vision des choses est erronée puisque l'exécution de la charge n'impose aucun sacrifice à l'accipiens. Bien au contraire, une disposition de ce type lui permet de développer ses activités. Partant, l'affectation ne fait pas disparaître l'enrichissement du gratifié³. Par ailleurs, la nature d'acte libéral de la fondation a été mise en doute en raison de la prétendue spécificité de l'intention libérale. Elle n'est pas, a-t-on dit, la cause véritable de la libéralité mais n'est qu'un moyen d'atteindre le but visé c'est-à-dire la

¹ En ce sens, J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, op. cit., n° 149 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions*, *Les libéralités*, op. cit., n° 321.

² V. J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, op. cit., n° 148.

³ En ce sens, M. Planiol, note sous Nîmes 22 janv. 1890, D.P. 1891, 2, 113. Voy. également, T. civ. Saint Dié, 15 déc. 1892, S. 1897, 1, 290 ; T. civ. Lunéville, 31 oct. 1894, S. 1897, 1, 290.

création de l'œuvre grâce aux fonds affectés¹. Et certains en tirent pour conclusion que « la fondation est un acte libéral sans être une donation »².

Cette opinion n'est pas convaincante, car la stipulation d'une obligation d'affectation ne signifie nullement que le fondateur n'a pas entendu gratifier le destinataire de l'acte de fondation. Certes, le fondateur n'a pas eu en vue la personne même du gratifié, ses qualités, mais n'est-ce pas là une chose tout à fait naturelle si l'on considère que le gratifié est une personne morale, un être abstrait ? Les personnes morales étant vouées à la poursuite d'une certaine fin, on ne gratifie pas une personne morale pour ses qualités, à la différence de ce qu'il en est pour les personnes physiques ; seule la considération du but poursuivi par la personne morale importe³.

Par conséquent, une libéralité adressée à une personne morale comporte toujours une affectation implicite au but que cette dernière s'est donnée pour objectif d'atteindre. Mais, à la différence de la libéralité pure et simple, la charge de fonder ne laisse à la personne morale aucune liberté quant à l'emploi des biens. Dans la charge de fondation, les biens sont toujours accompagnés d'un « mode d'emploi ». Le fondateur, en stipulant une charge d'affectation, propose à la personne morale bénéficiaire une *manière* d'atteindre son but en lui permettant soit d'étendre les activités dont elle a déjà la charge, soit de diversifier ses activités.

De plus, dans la mesure où la volonté de donner est tendue vers le but poursuivi par la personne morale, créer un service nouveau au sein des autres activités d'une personne morale témoigne bien d'une volonté d'enrichir la personne morale.

Si l'acte de fondation ressort de la gratuité, il ne peut être qu'une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié.

¹ V. H. Capitant, De la cause des obligations, 3^{ème} éd., Paris, 1927, n° 36 ; A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de Droit civil français, tome 2, 10^{ème} éd., par L. Julliot de La Morandière, Paris, Dalloz, 1948, n° 100.

² E. Viollet mémoire inédit cité par E. Bartin, Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes moeurs, Paris, 1887, p. 378.

³ En ce sens, P. Benoist, Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité, thèse Paris, 1938, p. 26. Il est vrai toutefois que l'état d'esprit général dans lequel la personne morale accomplit son but (établissement politiquement neutre ou, au contraire, inspiré d'une doctrine politique ou religieuse) peut également être déterminant du choix du disposant.

C- Analyse de la disposition comportant une affectation des biens conforme aux attributions de la personne morale destinataire des biens : libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié.

55. Pour autant que la gratuité de l'acte de fondation soit établie, sa classification parmi les libéralités ne semble pas susciter de difficultés majeures. S'il est de fait que la catégorie des actes à titre gratuit se subdivise en contrats de services gratuits et libéralités, l'appartenance de l'acte de fondation aux libéralités ne fait pas de doute.

56. Pendant longtemps, la distinction entre donation et contrat de services gratuits s'est fondée sur un critère économique : la donation serait génératrice d'un véritable appauvrissement à la différence du contrat de services gratuits qui crée un simple manque à gagner. Mais la ligne de démarcation entre manque à gagner et appauvrissement est souvent difficile à tracer. Il est par exemple délicat de déterminer si les contrats de commodat, de cautionnement gratuit ou de concession gratuite d'une sûreté entraînent pour le prêteur, la caution ou celui qui concède une sûreté un appauvrissement ou un simple manque à gagner¹. En outre, le critère économique ainsi entendu limite l'acte libéral à n'être qu'un acte transférant la propriété de biens, car seul un acte de cette nature diminue, économiquement parlant, le patrimoine du disposant².

On s'accorde donc à penser que la notion d'appauvrissement est juridique et non économique³. L'analyse juridique distingue selon l'objet du contrat. C'est, pour elle, la nature du droit en cause qui fournit le critère : droit réel pour la libéralité et droit de créance pour le contrat de services gratuits. Ce critère systématisé par Champeaux⁴ a été affiné par Ponsard⁵ qui fait appel à la notion de droit réel par anticipation pour englober les droits se résolvant par le transfert effectif ou virtuel d'une somme d'argent. Même ainsi précisé, le critère, pour clair qu'il soit, pêche par son inexactitude⁶. Que le contrat de

¹ En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 296.

² En ce sens, J.F Overstake, thèse préc., p. 216.

³ Voy. par ex., J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 296 ; J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 32 ; J. Champeaux, Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, thèse Strasbourg, 1931, p. 128 ; A. Ponsard, thèse préc., p. 29.

⁴ Thèse préc., p. 128.

⁵ Thèse préc., p. 29 et s.

⁶ V. la convaincante démonstration de M. Dupeyroux, thèse préc., n° 300 et s.

service gratuit crée une obligation de faire à titre gratuit n'est pas douteux, mais il n'en résulte pas que la donation ne puisse pas avoir pour objet un droit de créance.

En fait, le critère de l'abandon d'un droit patrimonial principal proposé par M. Dupeyroux¹ est sans doute celui qui reflète le mieux les solutions jurisprudentielles. L'auteur se réfère à la notion d'abandon qui englobe tant les actes abdicatifs que translatifs et pour mieux affirmer la spécificité de son critère, il exclut du domaine de la libéralité les droits patrimoniaux auxiliaires c'est-à-dire les droits de garantie et les droits processuels, ces derniers ayant pour unique raison d'être d'assurer la réalisation d'un droit principal caractérisé par son « contenu économique propre »².

57. Le caractère translatif de l'acte de fondation ainsi que son objet (disposition de biens, de droits réels ou de droits de créance) le font sans aucun doute échapper à la catégorie des contrats de services gratuits. L'acte de fondation est un acte d'aliénation, de disposition et par conséquent un acte libéral. La qualification de libéralité ne fait plus de doute, mais s'agit-il d'une libéralité conditionnelle ou d'une libéralité avec charge ?

a- L'acte de fondation est une libéralité avec charge.

58. Si la clause d'affectation peut donner naissance à une obligation civile imposée à l'accipiens c'est-à-dire à une charge, elle présente également des similitudes avec la modalité conditionnelle résolutoire³ dans la mesure où l'obligation du fondateur semble

¹ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 303. Voy. également, G. Marty et P. Raynaud, Successions, Libéralités, op. cit., n° 303 ; J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 32.

² Thèse préc., n° 316, p. 321.

³ Sauf si l'on adopte le critère de Capitant qui fait de la condition une modalité touchant exclusivement au statut personnel du créancier conditionnel. En effet, l'éminent auteur, à l'occasion d'une étude tendant à distinguer la libéralité avec charge de la libéralité conditionnelle, propose le critère suivant : « la charge, en effet, vise à donner aux biens une affectation déterminée, ou à en assurer la conservation en les frappant d'inaliénabilité et d'insaisissabilité, tandis que la condition résolutoire tend à imposer au gratifié soit une abstention, soit un acte concernant sa personne » (H. Capitant, De la cause des obligations, op. cit., n° 201). Autrement dit, selon Josserand (L. Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, 1928, n° 134 et s., p. 174), la modalité qualifiée de condition si elle touche au statut personnel du gratifié sera constitutive d'une charge si elle affecte le statut réel des biens. C'est là faire de la condition une modalité opérant dans l'ordre de l'extra-patrimonial (condition de ne pas se marier, de continuer à adhérer à telle doctrine politique ou religieuse) et de la charge une stipulation œuvrant dans le domaine patrimonial. Ainsi que M^{elle} Bouyssou l'a relevé dans sa thèse (Les libéralités avec charges en droit civil français, Sirey, 1947, préface G. Marty, n° 50 et s.), la distinction adoptée ne repose sur aucun principe juridique. Elle pêche également par son insuffisance, car elle est inapte à qualifier certaines clauses (clause de résidence dans un immeuble donné ou légué au gratifié).

Mieux encore, elle ne paraît pas pouvoir être transposée aux personnes morales. Dans la matière des fondations, cette remarque prend une importance particulière puisque nous verrons que l'accipiens ne peut être qu'une personne morale (cf. infra, n° 133). L'acte de fondation comporte, outre l'obligation d'employer

subordonnée à la survenance d'un événement futur et incertain consistant dans un fait positif de l'accipiens, à savoir la réalisation de l'affectation. Comme, de plus, l'accomplissement de la clause d'affectation dépend de la volonté de l'accipiens, cette clause ressemble à une condition résolutoire purement potestative de la part du créancier de l'obligation¹. Cette condition, qu'il est au pouvoir du créancier d'accomplir ou non, se présente comme un « acte d'incitation »², le débiteur de l'obligation conditionnelle entendant influencer l'attitude de son cocontractant par la perspective de l'exécution de sa créance.

La distinction entre charge et condition n'est pas seulement une discussion d'ordre conceptuel³. La qualification de la stipulation présente, en effet, des intérêts pratiques certains. Seule la charge permet au disposant d'en imposer l'exécution au gratifié. La non-réalisation de la condition résout de plein droit la libéralité contrairement à la révocation d'une libéralité pour inexécution des charges qui nécessite une intervention judiciaire⁴. Le

les biens à la destination déterminée, l'obligation positive pour le gratifié de faire fonctionner l'institution. Cette modalité ne peut, certes pas, concerner l'affectation des biens mais relève-t-elle, pour autant, du statut personnel du gratifié ? On a pu en douter, ladite charge intéressant l'activité du gratifié et non sa personne (H. Souleau, thèse préc., n° 46).

Seule la volonté des parties (critère de l'engagement proposé par R. Savatier dans R.T.D.C. 1931, 631 à 633 ; dans le même sens, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 5, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 272) en rendant compte de la nature exacte de l'opération, se rapproche le plus de la réalité des choses. Mais pour que ce critère n'encourt pas le grief de « répondre à la question par la question » (F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 324), Henri Souleau (thèse préc., n° 44) propose d'y adjoindre certaines règles d'interprétation.

Ce dernier, constatant que cette recherche relève souvent de « l'interprétation divinatoire », estime nécessaire de fixer des directives d'interprétation. Ainsi, si en présence d'une clause claire, la qualification devrait s'imposer au juge, l'interprétation d'une clause ambiguë impose à ce dernier de distinguer selon l'objet de la modalité. La stipulation licite tant comme charge que comme condition laisse au juge toute liberté d'appréciation. Si en revanche, l'objet de la modalité affectant la libéralité est illicite comme charge mais licite comme condition (exemple des clauses portant atteinte aux droits de la personnalité), le juge pourra, pour statuer, s'inspirer du critère de Capitant mais seulement à titre de règle d'interprétation. Voy. également pour une tentative de conciliation des deux critères, J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, op. cit., n° 140 ; B. Ancel, *Jurisclasseur civil*, article 900-2 à 900-8, 1996, n° 8.

¹ Le mérite revient à Capitant (*De la cause des obligations*, op. cit., n° 201) d'avoir circonscrit les termes du débat. Cet éminent auteur a, en effet, entrevu, le premier, que seule la libéralité sous condition résolutoire purement potestative de la part du créancier pouvait être confondue avec la libéralité avec charge. Alors que la condition suspensive suspend la libéralité jusqu'à la réalisation de l'événement mis in conditione, la libéralité avec charge produit effet dès l'acceptation du gratifié. Aucune confusion ne saurait, non plus, s'installer entre la charge et la condition résolutoire casuelle dans la mesure où l'exécution de la charge dépend du fait du gratifié et non du hasard caractéristique de la condition casuelle.

² J.J Taisne, *Jurisclasseur civil*, article 1168 à 1174, 1995, n° 52.

³ Contra, P. Malaurie et L. Aynès, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 364 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 324.

⁴ En cas de condition résolutoire, le rôle du juge saisi doit se borner à constater la défaillance de la condition. La différence entre condition et charge s'estompe cependant lorsque le disposant assortit la libéralité avec charge d'une clause résolutoire.

juge dispose d'ailleurs d'un pouvoir d'appréciation pouvant le conduire à refuser la révocation de la libéralité malgré l'inexécution de la charge¹.

Enfin, si certaines modalités sont licites comme conditions, elles ne le sont pas comme charges. Ainsi en est-il des modalités portant sur l'exercice d'une profession ou imposant le mariage ou au contraire le célibat.

59. Si l'acte de fondation réalise une libéralité avec charge, il ne peut être qu'une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié². Il ne peut en effet s'agir d'une libéralité avec charge dans l'intérêt du disposant puisque la charge de fondation ne profite pas au fondateur. Une telle charge correspond en fait à l'intérêt du gratifié car elle lui permet d'accroître ses ressources afin de développer au mieux ses activités. Pourtant, on³ a pu nier qu'il puisse y avoir charge dans l'intérêt du gratifié lui-même parce qu'il serait impossible pour une même personne d'être débitrice d'une obligation dont elle est, en même temps, bénéficiaire. La modalité insérée dans la disposition ne pourrait donc constituer une obligation mais une simple recommandation sans force contraignante c'est-à-dire une condition potestative de la part du gratifié. Cette opinion ne semble cependant avoir été entérinée ni par la doctrine actuelle⁴ ni par la jurisprudence⁵. De plus, l'analyse de l'acte de fondation en une libéralité avec charge correspond certainement davantage à l'état d'esprit du fondateur. On peut en effet induire de la psychologie du fondateur qu'en stipulant une affectation de biens à l'intérêt général, le fondateur a, dans la majorité des cas, voulu obliger l'accipiens à se soumettre à ses prescriptions. Cette opinion est corroborée par la constatation que la jurisprudence⁶, appelée à statuer sur des actions en révocation des

¹ Ce sera le cas, par exemple, lorsque le grevé de charge, à défaut d'exécuter à la lettre la charge, en respecte l'esprit ou lorsque le tribunal estime que la charge n'a pas constitué le mobile déterminant de la libéralité. Pour des exemples d'arrêts, cf. infra, note 4, n° 59.

² Dans le même ordre d'idées, la doctrine (L. Josserand, op. cit., 1928, n° 265 note 1) a dénié à la stipulation dont l'exécution ne diminuait pas le montant de la libéralité le qualificatif de charge. Cette conception purement mathématique de la charge n'est pas acceptable. En effet, « ce qui fait la charge, ce n'est pas une déduction arithmétique de ce qui a été donné mais une limitation consentie par le débiteur de la liberté de disposer à sa guise du montant de la libéralité » (H. Souleau, thèse préc., n° 53, p. 103). Dans le même sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 128 et s.

³ G. Ripert, cours de doctorat préc., p. 313 ; G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, tome 4, L.G.D.J., Paris, 1959, n° 3688.

⁴ Voy. par ex., H. Souleau, thèse préc., n° 50 et s. ; S. Guinchard, thèse préc., n° 124 et s.

⁵ Voy. par ex., Nîmes, 11 juill. 1881, S. 1882, 2, 97, note J.E Labbé ; Cass., 6 déc. 1909, D.P. 1910, 1, 281, note H. Capitant, S. 1910, 1, 261 ; Comp. Lyon, 20 oct. 1958, D. 1959, J., 111, note R. Nerson, qui caractérise l'existence d'une donation avec affectation spéciale.

⁶ Voy. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 1979, J.C.P. 1979, IV, 109 ; Civ. 1^{re}, 14 mai 1974, J.C.P. 1974, IV, 244, Bull. civ. I, n° 140, D. 1974, I.R., 182, G.P. 1974, 2, 633, note J. Viatte, R.T.D.C. 1974, 844, obs. R.

libéralités pour inexécution des charges de fondation, s'est souvent refusée à prononcer la révocation ce qu'elle n'eût pas pu faire si l'acte de fondation était une libéralité sous condition résolutoire.

60. L'analyse de l'acte de fondation en une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié a également été contestée au motif que la libéralité profitait non au destinataire de l'acte de fondation mais aux tiers bénéficiaires de l'œuvre à laquelle les biens sont affectés. Cependant, ce serait une erreur de tenir pour gratifié, non pas la personne nommément désignée dans l'acte, mais « tous ceux (indigents, vieillards, malades, enfants, hommes de lettres, savants) en vue desquelles l'institution est créée »¹. On ne voit pas, en effet, pourquoi un hôpital auquel est adressée une libéralité avec charge de créer de nouveaux lits ne serait pas gratifié par la libéralité.

61. Ce qui est plus grave, c'est que ce raisonnement conduit à soutenir que le bénéficiaire désigné dans l'acte de libéralité n'est qu'un simple intermédiaire et que, subséquemment, l'acte de fondation réalise une libéralité par personne interposée nulle comme adressée à des personnes indéterminées². Le fait que dans l'acte de fondation, la charge absorbe la totalité de l'émolument finit d'entretenir la confusion. Mais, une réflexion plus approfondie conduit à exclure l'interposition de personnes lorsque l'affectation est conforme à l'intérêt de l'accipiens.

b- L'acte de fondation est une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié et non une libéralité par personne interposée.

62. L'interposition de personne, lorsqu'elle est sanctionnée par la loi, est constituée par la réunion de trois facteurs : un élément matériel consistant dans une fausse apparence, un

Savatier. Sur la question, cf. infra, n° 607 et s.

¹ H. Capitant, De la cause des obligations, op. cit., n° 36, p. 85.

² Les personnes indéterminées ou incertaines désignent les bénéficiaires d'une libéralité existant au jour de la libéralité mais n'étant pas encore individualisés au moment où la libéralité prend effet (M. Bouyssou, thèse préc., n° 140 ; P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 309). Bien que cette exigence ne soit formellement exprimée par aucun texte du Code civil, la prohibition de gratifier une personne incertaine est une règle traditionnelle dont la violation est sanctionnée par la jurisprudence : cf. par ex., Douai, 1^{er} mai 1894, D.P. 1895, 2, 249, note C. Beudant, S. 1895, 2, 1, note J.E Labbé ; T. civ. Monaco, 16 janv. 1953, G.P. 1953, 1, 366, D. 1953, J., 436.

élément moral (la volonté de feindre afin de contourner une interdiction légale) et un élément légal, la simulation ne pouvant être sanctionnée en l'absence de texte exprès¹.

63. Il est des hypothèses de fondation à laquelle l'interposition de personnes est totalement étrangère. Lorsque l'acte de fondation a pour objet la création d'un établissement (orphelinat, hôpital...) géré directement par le destinataire de la libéralité ou la création d'un nouveau service au sein d'un établissement (lits supplémentaires dans un hospice), il est difficile de soutenir qu'il cache une libéralité directe à des personnes incertaines : celle-ci suppose, par définition, que tout ou partie de la libéralité soit destiné à être transmis à un incapable de recevoir. Or, lorsque l'acte de fondation a pour objet la création d'une institution, aucune transmission, directe ou indirecte, des biens affectés ni de leurs revenus n'est réalisée, les revenus des biens devant uniquement être employés au fonctionnement de l'établissement ou du service.

64. En revanche, lorsque l'acte de fondation impose à l'accipiens de transmettre les revenus de la libéralité à des personnes physiques², il s'est trouvé des arrêts³ qui se sont prononcés en faveur de l'interposition de personnes. Pourtant, au premier abord, les éléments constitutifs de l'interposition de personnes, telle qu'elle a été précédemment définie, semblent absents de la libéralité avec charge de fonder. D'abord, la libéralité par personne interposée implique que la destination finale des biens soit masquée. C'est, en effet, l'intention frauduleuse qui justifie la prohibition et dénonce l'interposition⁴. Dans la libéralité avec charge de fonder, l'identité des bénéficiaires de la charge est connue. Nul

¹ En ce sens, B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 911, 1994, n° 13 et s.

² C'est le principe même de la fondation de prix qui consiste à consacrer les revenus d'une libéralité à la distribution d'un prix, le plus souvent annuel, récompensant la vertu, les qualités intellectuelles, le talent d'un individu...

³ V. Besançon, 22 juill. 1946, J.C.P. 1947, II, 3568, note R. Savatier. Dans cet arrêt, le disposant avait accordé à la ville de Nice un legs particulier à charge de créer une fondation de prix de beauté récompensant une personne présentant certains caractères physiques. Cette disposition a été analysée en une libéralité par personne interposée. Des considérations d'ordre moral ont dicté l'attitude des juges du fond. Pour Savatier (note sous Besançon, 22 juill. 1946 préc.), il ne s'agissait pas d'une cause suffisamment digne d'intérêt sur le plan social.

⁴ Pour une affaire dans laquelle l'interposition de personnes a été appliquée alors que l'intention frauduleuse du disposant n'était pas établie, voir Paris, 21 juin 1935, D.P. 1936, 2, 17, note R. Savatier. La disposition litigieuse consistait en un legs universel adressé à des évêques à charge de distribuer des biens à des congrégations nommément désignées et incapables de recevoir. L'intention frauduleuse n'existait pas, car au jour de la confection du testament, les congrégations étaient capables de recevoir. « Si donc, au lieu de tester directement en faveur des congrégations, il (le testateur) avait préféré prendre les évêques comme légataires, ce n'aurait pu être dans la moindre intention de fraude à la loi, mais tout simplement parce qu'il tenait à faire des évêques, ses légataires directs, et, des congrégations, les simples bénéficiaires d'une charge, en réalité assez souple » (R. Savatier, note précitée).

déguisement de la réalité n'est donc à déplorer. Ensuite, le texte de l'article 911 du Code civil prohibant l'interposition de personne sanctionne les incapacités de droit¹. L'incapacité frappe « une personne qui existe et à laquelle la loi retire le droit de recevoir qu'elle détenait *naturaliter* »². La libéralité avec charge de fonder permet, elle, de surmonter une simple impossibilité matérielle de gratifier les bénéficiaires de la charge, impossibilité résultant de leur indétermination ou de leur inexistence au jour où la libéralité prend effet. Il n'y a alors pas véritablement incapacité mais seulement obstacle de fait momentané³.

C'est donc que la nullité pour interposition de personnes ne tend pas seulement à sanctionner la volonté d'enfreindre, en créant une apparence trompeuse, une règle légale établissant une véritable incapacité de droit. Cette conception extensive de l'interposition de personnes tendrait également à prohiber le défaut de propriété réel de l'accipiens, son rôle de simple agent de transmission. Ce souci n'eût pas été en soi condamnable si les juges du fond avaient daigné révéler les conditions de la sanction. Cette incertitude est, en outre, favorisée par l'abandon par la Cour suprême de tout contrôle de qualification⁴. Pour tenter de cerner le concept fuyant d'interposition, la doctrine⁵ a suggéré de nombreux critères.

Un premier critérium s'attache à relever la présence d'un émolument du gratifié pour qualifier la disposition de libéralité avec charge⁶. Celui-ci s'est révélé rapidement inopérant car condamné par la Cour de Cassation. Dès 1886⁷, la Haute juridiction, dans

¹ L'article 911 al. 2 du Code civil établit selon certains (A-M Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 2 vol, 1995, tome 1, n° 154 et n° 190) une fiction consistant à présumer de manière irréfragable l'existence de l'interposition. Sur l'impropriété de la qualification de présomption, cf. A-M Leroyer, thèse préc., n° 190, p. 210.

² B. Ancel, *Jurisclasseur civil*, article 911, loc. cit., n° 30.

³ Voy. par ex., A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, tome 3, 10^{ème} éd., par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1950, n° 908 ; J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 216, p. 231 ; H. Souleau, thèse préc., n° 174, p. 308.

⁴ La solution a été posée par un arrêt de la chambre des Requêtes du 26 fév. 1862, D.P. 1862,1, 536. Elle a été rappelée à divers reprises : voy. par exemple, Req., 30 nov. 1869, D.P. 1870, 1, 202 ; Req., 28 avr. 1938, G.P. 1938, 2, 124 ; Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699, note P. Voirin, D.A. 1941, J., 102. Ces hypothèses de requalification demeurent malgré tout rares.

⁵ Voy. par ex. H. Lévy-Ullman et P. Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, R.T.D.C. 1904, p. 253 et s. et spéc., p. 260 et s. ; M. Bouyssou, thèse préc., p. 117 et 118 ; H. Simonnet, *Le legs avec charges, catégorie juridique*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, tome 2, p. 128 et s.

⁶ Voy. par ex., H. Lévy-Ullman, P. Grunebaum-Ballin, loc. cit., p. 264 ; G. Ripert et J. Boulanger, tome 4, op. cit., n° 2105.

⁷ Cass. civ., 5 juill. 1886, D.P. 1886, 1, 465, S. 1890, 1, 241, note J.E Labbé, G.P. 1886, 2, 150. Dans la même affaire, cf. Req., 6 nov. 1888, D.P. 1889, 1, 314.

une affaire où un légataire universel avait été chargé d'employer tous les biens légués à la création d'une école libre de garçons, décida qu' « il importait peu...que l'exécution des charges qui ont été imposées audit de Biencourt et l'accomplissement du mandat qu'il a par la même à remplir, doivent absorber en totalité l'émolument de la disposition faite à son profit ; qu'il n'en reste pas moins le continuateur juridique de la personne de la testatrice, en sa qualité de légataire universel de cette dernière ». Un legs universel peut en effet exister sans qu'un émolument soit conféré au légataire parce que sa vocation éventuelle à la totalité de la succession suffit à en faire un légataire¹. Certaines espèces ont étendu de manière plus contestable cette solution aux legs particuliers². Le critère de l'émolument est d'autant plus critiquable qu'on pourrait tout à fait imaginer une interposition partielle dans laquelle l'intermédiaire, personne interposée, conserve un émolument en remerciement de ses « bons offices ».

L' inanité de ce critère conduit certains auteurs à lui préférer celui de l'acquisition de la propriété³. Dans cette perspective, il y aura libéralité avec charge si le disposant a voulu transmettre la propriété des biens à l'intermédiaire et libéralité par personne interposée si la propriété des biens a été directement transférée au bénéficiaire de la pseudo-charge. Faisant une application ingénieuse de ce critère, certaines espèces font échapper à la nullité la charge d'affectation si les revenus des biens et non les biens eux-mêmes doivent parvenir aux bénéficiaires de la fondation⁴. Mais on⁵ a objecté à cela que la loi n'a pas entendu exclure la possibilité d'une interposition de personnes lorsque la propriété a reposé un certain temps sur la tête du gratifié. Les tenants de cette opinion en veulent pour preuve l'alinéa 2 de l'article 911 du Code civil établissant une présomption d'interposition lorsque les parents recueillent en toute propriété. Cependant, ainsi qu'on l'a noté⁶, cette

¹ Cf. à ce propos, E. Lambert, La stipulation pour autrui, thèse Paris, 1893, n° 340, p. 376, qui parle de « vérité élémentaire ».

² Voy. par ex., Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699, note P. Voirin, D..A. 1941, J., 102, avec l'attendu suivant : « mais attendu que le droit à recueillir un legs n'implique pas nécessairement que le légataire en conserve pour lui l'émolument ».

³ Voy. par ex., H. Simonnet, loc. cit., n° 133 ; J.E Labbé, note sous Civ., 5 juill. 1886, D.P. 1886, 1, 465, S. 1890, 1, 241 ; E. Lambert, thèse préc., n° 340 ; H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1409.

⁴ V. T. civ. Seine, 1^{er} fév. 1927, D.P. 1928, 2, 121, note R. Savatier ; motifs également présents dans Civ., 12 mai 1902, D.P. 1902, 1, 425, conclusions Baudouin, S. 1905, 1, 137, note H. Lévy-Ullmann.

⁵ M. Bouyssou, thèse préc., p. 116 ; H. Lévy-Ullman et P. Grunebaum-Ballin, loc. cit., p. 264.

⁶ H. Souleau, thèse préc., n° 178. Cet article ne fait qu'établir une présomption de fraude qui doit être strictement interprétée.

théorie repose sur un raisonnement spécieux. L'article 911 alinéa 2 ne permet pas de déduire que les personnes interposées peuvent recueillir en propriété.

Certains auteurs préfèrent, enfin, au critère de l'acquisition de la propriété celui du rôle joué par le grevé de charge dans l'exécution de la charge. Selon eux, le rôle de la personne interposée est purement passif, celui-ci n'étant qu'« un simple agent d'exécution »¹ des volontés du disposant. Le critère, séduisant au premier abord, présente l'inconvénient majeur d'aboutir à l'annulation systématique des legs à charge de créer une fondation-personne morale et ce en contradiction avec une jurisprudence constante².

65. Les critères précédemment exposés ne nous paraissent d'ailleurs d'aucune utilité s'agissant d'une libéralité comportant une charge d'affectation conforme à la mission de la personne morale accipiens. L'acte de fondation devrait, selon nous, toujours échapper à la qualification de libéralité par personne interposée quand bien même on entendrait ce concept au sens large.

Du fait de la concordance de l'affectation aux besoins de la personne morale accipiens, celle-ci demeure la principale bénéficiaire de la libéralité. Chaque fois que la personne morale accipiens exécute une charge de fondation en distribuant les revenus d'une libéralité, sous forme de prix par exemple, elle agit *d'abord et avant tout dans son propre intérêt*. La gratification que les personnes physiques pourraient obtenir de l'exécution de la charge de fondation n'est qu'*indirecte*. L'idée avait été pressentie, quoique maladroitement exprimée, dans un arrêt de la Cour suprême de 1941³. La chambre des Requêtes, statuant sur la validité d'un legs particulier adressé à une commune à charge d'attribuer un prix annuel à une jeune fille ou à une femme qui aura soigné avec dévouement et bonté ses parents, relève que « la commune légataire, à défaut d'émolument, a toujours l'avantage moral de l'attribuer, chaque année, selon la volonté de la testatrice ». La formule est trompeuse, car elle donne à penser que la commune ne retire aucun avantage objectif de l'exécution de la charge de fondation. En réalité, dans la mesure où l'affectation étend ses activités, la commune bénéficie d'un avantage objectif réel.

Dans cette espèce, le grief d'interposition de personnes n'était pas le seul reproche allégué par les plaideurs. Ceux-ci reprochaient également à la libéralité avec charge de

¹ M. Bouyssou, thèse préc., n° 72 ; dans le même sens, cf. A. Françon, La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité, Rép. gén. prat. not. 1954, art. 27291, n° 9.

² Sur cette jurisprudence, cf. infra, n° 278.

³ Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699, note P. Voirin, D.A. 1941, J., 102.

fonder de dissimuler un legs avec faculté d'élire. Et de fait, interposition de personnes et faculté d'élire sont deux causes de nullité souvent invoquées lorsque la fondation est réalisée par testament. En effet, lorsqu'il exécute une fondation de prix, l'accipiens est chargé par le testateur de désigner le bénéficiaire des revenus de la libéralité. De là à y voir un legs avec faculté d'élire, certains ont franchi le pas.

c- La fondation réalisée par acte à cause de mort n'est pas un legs avec faculté d'élire.

66. La nullité du legs avec faculté d'élire, bien que non expressément formulée par le Code civil¹, n'en est pas moins une règle certaine de notre Droit positif².

La prohibition du legs avec faculté d'élire est un principe qui s'explique aisément : il appartient au testateur et non à un tiers de désigner le légataire³. A cette raison de fond s'ajoute une raison technique, la nécessité d'éviter la vacance des biens entre le moment du décès et la désignation du légataire par le tiers.

Pour éviter que l'application de cette règle ne mette en péril des dispositions testamentaires socialement utiles, la jurisprudence en a considérablement amoindri la portée. Elle valide, d'abord, la disposition testamentaire par laquelle le testateur se borne à confier à un tiers le soin de répartir les biens légués entre les légataires qu'il a par ailleurs déjà désignés⁴. Enfin et surtout, si le testateur ne peut déléguer à un tiers le choix du légataire, il peut léguer ses biens à une personne déterminée et capable tout en lui assignant pour mission de répartir les biens légués entre une catégorie de personnes désignées. Car la charge d'élire, à la différence du legs avec faculté d'élire, est validée par une jurisprudence constante. Il n'en reste pas moins que la différence entre les deux notions n'est que « pur verbalisme »⁵. Ainsi, lorsque le testateur dispose de ses biens sans

¹ Selon Voirin (note sous Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699), la nullité est édictée par l'article 23 de la loi du 17 nivôse an II et l'article 3 de la loi du 9 fructidor an II toujours en vigueur.

² Civ., 12 août 1863, D.P. 1863, 1, 356, S. 1863, 1, 446 ; Douai, 1^{re} mai 1894, D.P. 1895, 2, 249, note C. Beudant, S. 1895, 2, 1, note J.E Labbé ; Req., 19 juill. 1938, J.C.P. 1938, II, 907, note E.D, D.H. 1939, somm., 14 ; Cass. civ., 25 nov. 1952, J.C.P. 1953, II, 7696 bis, note P. Voirin.

Appliqué à une fondation de prix créée par un legs adressé aux « maires d'un canton », cf. Paris, 28 mars 1938, D.H. 1938, 375. La nullité s'explique, selon Voirin (note sous Req., 14 janv. 1941 préc.), par l'impossibilité de trouver un légataire capable.

³ En ce sens, H. Lalou, note sous Paris, 12 nov. 1937, D.P. 1938, 2, 3 ; A. Colin et H. Capitant, traité préc., n° 1166 ; H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1009.

⁴ Cf. Metz, 13 mai 1864, D.P. 1864, 2, 169 ; Civ., 17 juill. 1922, D.P. 1924, 1, 5, note E. Bartin.

⁵ J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 213. En réalité, la distinction purement formelle entre le legs direct à personnes indéterminées avec désignation d'un tiers muni d'un mandat électif frappé de nullité et le legs avec charge d'élire adressé à un tiers valable a moins été utilisé pour sauver de la nullité les

autre précision à une cause d'intérêt général (legs à la recherche médicale, à la science...)¹ ou à une catégorie de personnes indéterminées (legs aux pauvres, aux savants...)² et désigne à cet effet une personne capable pour opérer ce choix, le juge a tendance à valider le legs en le requalifiant de legs avec charge d'élire³. Lorsque, en revanche, la catégorie des personnes gratifiées dispose d'un représentant légal (comme la catégorie des pauvres), le tiers désigné par le testateur n'est alors plus considéré comme un légataire mais comme un simple exécuteur testamentaire⁴. Cela devrait suffire à montrer l'artificialité de la distinction et militer pour la validité de l'opération au moins lorsque le choix du légataire se fera parmi une catégorie précise de bénéficiaire⁵.

67. En tout cas, la nullité pour legs avec faculté d'élire ne devrait pas être encourue par le legs avec charge de fonder dans la mesure où la personne morale lorsqu'elle désigne les bénéficiaires d'un prix remplit, en stimulant les vocations, la mission en vue de laquelle elle a été créée. Il n'y a tout simplement pas faculté d'élire parce que la personne morale accipiens est d'abord et surtout la bénéficiaire de la libéralité.

La qualification de l'acte de fondation de libéralité avec charges dans l'intérêt du gratifié, comme telle soumise aux règles de la réduction⁶, semble donc acquise lorsque le bénéficiaire de l'affectation est une personne morale agissant dans le cadre de ses activités statutaires. Reste à déterminer la qualification de l'acte de fondation adressé à une personne physique ou à une personne morale dont les attributions ne correspondent pas à l'affectation d'intérêt général stipulée.

fondations que les legs adressés aux « bonnes œuvres » c'est-à-dire à une cause d'intérêt général ou à une catégorie de personnes indéterminées.

¹ Cf. T.G.I Dunkerque, 22 oct. 1975, J.C.P. 1976, IV, 176.

² Cf. Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 1966, J.C.P. 1967, II, 14973, note P. Voirin ; dans la même affaire, Civ., 22 janv. 1968, J.C.P. 1968, II, 15613.

³ Cf. cependant, Dijon, 1^{er} avr. 1998, Juris-Associations 1999, n° 199, 6, qui décide que le legs adressé à « telle œuvre humanitaire que mon fils jugera nécessaire » est nul.

⁴ Cf. Civ. 1^{re}, 25 mai 1960, Bull. civ. I, n° 289.

⁵ En ce sens, J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 213 ; dans le même sens, H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1009. Voy. également, T.G.I Dunkerque, 22 oct. 1975, J.C.P. 1976, IV, 176 ; T.G.I Pau, 24 avr. 1959, D. 1959, J, 360, qui relève que « si l'on doit admettre la nullité lorsque le testateur n'a même pas précisé la catégorie de personnes entre lesquelles devra s'exercer le choix qu'il laisse à l'intermédiaire pris par lui, par contre, la clause est valable lorsque la catégorie dans laquelle le bénéficiaire devra être choisi est déterminée par le disposant... ».

⁶ Cf. infra, n° 386.

D- Analyse de l'acte de fondation adressé à une personne physique ou comportant une affectation de biens non conforme aux attributions de la personne morale destinataire des biens : contrat à titre onéreux ou legs avec charge.

68. Lorsque l'acte de fondation est adressé à une personne physique ou à une personne morale en dehors de sa mission habituelle, la qualification d'acte à titre onéreux devrait s'imposer. L'affectation ne peut être considérée comme avantageuse pour l'accipiens puisqu'elle n'augmente pas son pouvoir d'action, l'accipiens se trouvant tenu d'exercer une activité qui n'entre pas dans ses attributions. Par ailleurs, l'exécution de la stipulation d'affectation peut se révéler plus coûteuse que le montant des biens transmis¹. L'accipiens, en exécutant la clause d'affectation, consent donc un sacrifice.

L'affirmation peut se concevoir lorsque la fondation est le résultat d'un acte entre vifs (a) ; elle est moins évidente pour les fondations créées par testament (b).

a- Analyse de la fondation créée par acte entre vifs : contrat à titre onéreux.

69. L'idée selon laquelle la fondation créée par acte entre vifs pourrait être un acte à titre onéreux avait été avancée, pour la première fois semble-t-il, par Bartin dans son ouvrage sur les conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs². Pour faire échapper à l'application de l'article 900 du Code civil l'acte transférant des biens à une commune moyennant l'obligation pour celle-ci d'entretenir une école à caractère confessionnel (alors qu'une telle clause est illicite depuis la loi du 30 octobre 1886), l'auteur propose une distinction fondée sur la valeur des biens transmis. La charge stipulée, si elle équivaut en valeur aux biens transmis, peut donner à l'acte un caractère onéreux et ainsi éluder l'application de l'article 900 du Code civil. Par sa trop grande généralité, l'affirmation n'est pas acceptable : on sait maintenant que malgré l'équivalence entre la valeur de la charge et celle des biens transmis, l'acte de fondation peut demeurer gratuit si la charge est conforme à l'intérêt de l'accipiens puisque, dans cette dernière hypothèse, la charge ne constitue pas un sacrifice pour l'accipiens. En effet, comme nous

¹ Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle plus fréquente d'une charge devenue coûteuse pour le gratifié par l'écoulement du temps (du fait de la dévaluation monétaire, par exemple). En effet, l'onérosité d'un acte doit s'apprécier au moment de sa formation et non au stade de son exécution.

² Op. cit.

l'avons vu¹, la conformité de la charge à l'intérêt de l'accipiens s'oppose à la qualification d'acte à titre onéreux et ce, malgré l'équivalence entre la valeur de la charge et celle des biens transmis. Dans ce cas, en effet, la charge enrichit le destinataire des biens en lui permettant de réaliser un désir qu'il n'aurait peut-être pas pu satisfaire sans cela.

70. En réalité, le caractère onéreux d'un acte juridique suppose établi l'équivalence des sacrifices laquelle s'apprécie d'abord, rappelons-le, objectivement. C'est seulement le défaut d'équivalence objective entre les sacrifices (ou l'impossibilité de mesurer les sacrifices respectifs) qui rend nécessaire une appréciation subjective. Il s'agit alors de rechercher si, dans l'esprit des parties, le sacrifice consenti par l'un est ressenti par l'autre comme l'équivalent de son propre sacrifice.

71. Y-a-t-il équivalence objective c'est-à-dire quantitative des sacrifices antagonistes dans l'acte de fondation lorsque la clause d'affectation impose un sacrifice à l'accipiens ? Les auteurs qui se sont essayés à l'opération de mesure des sacrifices antagonistes se sont trouvés confrontés à bien des difficultés. L'un d'eux² a tenté d'affirmer la nature libérale de l'acte de fondation. Selon lui, la valeur des biens aliénés est toujours supérieure à celle de la charge dans la mesure où le fondateur donne un capital alors que l'accipiens ne « redistribue » que les revenus de ce capital. La seule exception admise par l'auteur est celle où le donataire, recevant un bien de valeur indéterminée, s'engage à utiliser une somme fixe à l'emploi envisagé par le fondateur. L'opération appartiendrait alors au domaine de l'onérosité en raison de son caractère aléatoire. Ce raisonnement ne peut être accepté, car il suppose que le capital soit frappé d'inaliénabilité entre les mains de l'accipiens et que les seuls revenus puissent y être employés. Or, l'inaliénabilité des biens n'existe que si une clause d'inaliénabilité est stipulée dans l'acte de fondation³. Ce qui revient à laisser hors du champ de l'analyse bon nombre d'hypothèses.

Et quand bien même une clause d'inaliénabilité serait insérée dans l'acte de fondation, il ne paraît pas exact de prétendre que seuls les revenus des biens forment le contenu de la charge. La charge englobe non seulement les revenus mais également le capital à savoir les biens aliénés. Ainsi, les biens en question ne peuvent-ils être affectés

¹ Cf. supra, n° 50 et s.

² C-H Truchy, Des fondations, thèse Paris, 1888, p. 331 et s.

³ En ce sens, P. Ravier du Magny, Le contrat de fondation, thèse Grenoble, 1894, p. 28. Cf. cependant, infra, n° 187.

à un autre usage que celui recherché par le fondateur. L'accipiens n'en a pas la libre disposition. Ses pouvoirs sur les biens sont *finalisés* par le but à atteindre. Il ne saurait, par conséquent, en faire un usage personnel¹.

En vérité, si l'on s'en tient à ce système purement mathématique de « pesage » des prestations, il est bien difficile de ne pas conclure à l'équivalence des sacrifices exclusive de tout enrichissement de l'accipiens.

72. Cela n'a pas empêché une certaine doctrine de soutenir que, malgré l'absence d'avantage objectif, d'émolument, l'acte libéral pouvait exister. Pour ce faire, il a été suggéré² d'identifier le gratifié par sa vocation « éventuelle » à l'obtention d'un avantage objectif effectif, son aptitude à bénéficier de tout accroissement des biens disponibles. La renonciation à la charge par son bénéficiaire, le fait que personne ne soit en mesure de profiter de l'institution, tous ces événements qui sont susceptibles de profiter à l'accipiens suffisent à en faire un gratifié.

Cette conviction s'appuie sur la jurisprudence relative à la notion de legs universel. Selon cette jurisprudence, c'est la vocation à la totalité de la succession, et non l'existence d'un émolument effectif, qui est le signe distinctif du légataire universel³.

Mais, outre qu'une telle opinion se fonde sur une appréciation de la nature de l'acte au stade de son exécution et non *ab initio*, il est pratiquement très improbable que l'accipiens se trouve « bénéficiaire ». La réalité même d'un émolument est, en effet, très incertaine voire quasi-impossible⁴. De deux choses l'une, en effet : ou l'exécution de la clause d'affectation est impossible par suite d'événements postérieurs à la stipulation et indépendants de la volonté de l'accipiens et la pseudo-libéralité est menacée d'être révoquée pour inexécution des charges⁵, ou bien la charge ne peut être exécutée du fait de

¹ Contra, M. de Vareilles-Sommières, op. cit., n° 1428 pour lequel « le donataire a la disposition du capital ».

² A. Wahl, note sous Cass. civ., 28 oct. 1895, S. 1897, 1, 289 ; M. de Vareilles-Sommières, op. cit., n° 1428.

³ Cf. jurisprudence citée, supra, note 2, n° 64, p. 52.

⁴ La renonciation des bénéficiaires de la prétendue-charge relève de l'hypothèse d'école s'agissant d'affectation à un but d'intérêt général étant donné le nombre incalculable de bénéficiaires potentiels de l'activité de la fondation.

⁵ V. G. Ripert et J. Boulanger, tome 4, op. cit., n° 3699 ; P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 453 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 354-1°. Il s'agit, à vrai dire, non de révocation pour inexécution des charges mais de caducité de l'acte, car ce n'est qu'une application aux libéralités de la théorie des risques dans les contrats synallagmatiques (en ce sens, v. M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 490). En application de ce principe, les religieuses ont pu, à la suite de la dissolution des congrégations religieuses par la loi du 1^{er} juillet 1901, former contre les liquidateurs de la congrégation une demande en restitution de la dot qu'elles avaient apportée lors de leur

son illicéité¹, son immoralité ou de son impossibilité d'exécution et elle devra, en vertu de l'article 900 du Code civil, soit entraîner la nullité de la libéralité tout entière si elle en est la cause impulsive et déterminante, soit dans le cas contraire, être réputée non écrite. Il en résulte que le seul cas où l'accipiens est susceptible de profiter des biens, objet de la charge, est celui où cette dernière est réputée non écrite. Or, cette éventualité n'est pas susceptible de se produire dans la matière des fondations. Le fondateur ne se dépouille, en effet, que pour assurer l'exécution de la charge. En d'autres termes, la charge est la *cause* de la libéralité.

Enfin, la situation du légataire universel n'est en rien comparable à celle d'un gratifié ordinaire. Le légataire universel se définit certes par sa vocation au tout mais celle-ci n'est que le corollaire de son obligation au passif successoral. Et surtout, le légataire universel, avant d'être un gratifié, est le continuateur juridique de la personne du défunt, le mandataire du *de cujus*, en quelque sorte « un héritier testamentaire »². Comme l'a excellemment mis en relief M. Dupeyroux, « le legs universel reste un acte de disposition des biens à cause de mort, mais c'est là une conséquence éventuelle de sa nature plus que son objet direct : le caractère patrimonial de l'acte reste au second plan »³. Et l'auteur en vient à conclure un peu plus loin que « le legs universel est en lui-même étranger à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux »⁴.

entrée dans la congrégation en échange de l'engagement pris par la congrégation de les nourrir leur vie durant (Cass. civ. 13 mars et 4 juin 1907, D.P. 1907, 1, 281, note M. Planiol). Il en irait de même dans le domaine voisin du legs avec charge de créer une fondation-personne morale nouvelle : la non-obtention de la reconnaissance d'utilité publique, condition d'existence de la fondation-personne morale, ne devrait pas bénéficier au légataire grevé de la charge de fonder, car il s'agit d'une impossibilité fortuite d'exécution de la charge.

Cf. cependant, Montpellier, 23 avr. 1900, D.P. 1902, 1, 425, qui, à propos d'un legs universel avec charge de créer un hospice, semble émettre un doute sur la possibilité pour les héritiers d'obtenir la révocation du legs tant le testateur avait formulé énergiquement sa volonté d'exhérer ses héritiers dans l'hypothèse où l'œuvre ne pourrait plus être maintenue par suite d'événements de force majeure.

Par ailleurs, la loi du 4 juillet 1984 permet de réviser les charges grevant la libéralité « lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui (le gratifié) soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». Par conséquent, les chances pour l'accipiens d'être exonéré de son obligation d'affectation sont minimes.

¹ L'illicéité dont il s'agit s'entend de l'illicéité *ab initio* de la charge et non de celle qui surviendrait postérieurement à la stipulation de la charge du fait d'une loi postérieure.

² J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 221, p. 236.

³ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 221, p. 235.

⁴ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 221, p. 236.

73. Il n'en reste pas moins qu'excepté le cas particulier du legs universel, l'acte libéral ne peut se concevoir sans la présence d'un émolument. De la même façon, la libéralité ne peut exister sans intention libérale. Or, le fondateur n'est nullement animé d'une intention libérale. Bien au contraire, il ne s'est dépouillé que dans l'attente de l'engagement pris par l'accipiens de créer l'œuvre et de gérer le service.

On a objecté à cela que le disposant était animé d'une intention libérale dès lors qu'il n'a pas eu « l'intention de faire une affaire », ce dernier ayant eu en vue « au premier plan l'intérêt du bénéficiaire auquel il a tout sacrifié »¹. Mais, une telle critique procède de la conception affective de l'intention libérale qui n'est pas retenue en jurisprudence. Et quand bien même elle le serait, cette intention libérale ne se manifeste qu'à l'égard du bénéficiaire final et non du grevé de charges².

74. La seule objection sérieuse à l'admission d'un acte à titre onéreux réside en ce que la contrepartie exigée profite non pas au disposant mais à des tiers indéterminés. Or, qui dit acte onéreux, dit sacrifice pour l'un et avantage pour l'autre et réciproquement. Ainsi qu'on l'a fait observer, « le contrat à titre onéreux suppose deux prestations équivalentes, et en l'espèce, on ne voit pas ce que le bénéficiaire transmet au disposant »³. En réalité, la difficulté ne vient pas tant du fait que la prestation ne fait pas entrer de valeurs économiques dans le patrimoine du fondateur, car le titre onéreux peut exister sans appauvrissement corrélatif des patrimoines, mais plutôt de ce que le disposant ne reçoit aucune contre-valeur en échange de l'aliénation qu'il consent.

75. Pour M. Dupeyroux cependant, la contrepartie est discernable, car « la personne morale met son activité au service d'un particulier »⁴. Il semblerait donc que le service rendu au fondateur consiste, en fait, à lui éviter d'avoir à employer *lui-même* les biens au service d'intérêt général. Mais ce n'est pas là la prestation à laquelle s'est engagé l'accipiens. Celui-ci a entendu accomplir un travail dont les bénéficiaires sont *des tiers qui ne sont pas parties à l'acte*.

¹ J. Hamel, thèse préc., p. 24.

² De cette constatation on a pu conclure à la qualification de l'acte de fondation de libéralité avec charge dans l'intérêt d'un tiers : S. Guinchard, thèse préc., n° 144 ; M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 329.

³ M. Bouyssou, thèse préc., n° 120.

⁴ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 129, p. 142. Dans le même sens, H. Souleau, thèse préc., n° 81.

On a également tenté de discerner dans le droit du disposant d'indiquer le bénéficiaire de la prestation accomplie par l'accipiens l'équivalent du titre onéreux¹. Là encore, la prestation ainsi caractérisée paraît bien artificielle. L'exemple des fondations est à cet égard particulièrement éclairant. Dans cette hypothèse, en effet, le fondateur ne désigne pas toujours les bénéficiaires de l'affectation, laissant ce soin à l'accipiens.

76. En réalité, ces théories pèchent en ce qu'elles n'ont pas entrevu que la stipulation pour autrui constitue l'objet principal de l'acte de fondation. Ainsi, l'acte de fondation apparaît comme attributif d'un bénéfice gratuit à un tiers. La personne morale est en quelque sorte dans la même position que celle du grevé de charge au profit d'un tiers dont la charge équivaut en valeur au montant des biens transmis².

Il est en outre désormais admis que la stipulation pour autrui peut être l'objet même du contrat conclu entre le stipulant et le promettant³. Il a d'ailleurs bien fallu l'accepter pour que puissent être pris en compte les besoins de la pratique en matière d'assurances-vie. Sans doute la jurisprudence se contente-t-elle de relever l'existence d'un intérêt personnel du stipulant, qui peut être seulement un intérêt moral⁴, pour valider la stipulation pour autrui mais la doctrine⁵ a fait justement observer que se contenter d'un intérêt moral du stipulant revient à nier l'existence d'un contrat entre stipulant et promettant. Aussi, le caractère accessoire de la stipulation pour autrui n'est-il respecté que s'il est possible de relever l'existence d'un rapport d'obligation entre promettant et stipulant⁶.

L'acte de fondation répond sans doute à cet impératif. Il existe entre fondateur et affectataire un rapport d'obligation qui rend le fondateur-stipulant débiteur du transfert de propriété des biens affectés. Ce rapport d'obligation est constitutif d'un contrat unilatéral⁷

¹ J. Maury, thèse préc., tome 1, p. 66.

² En ce sens, J.J. Dupeyroux, thèse préc., n° 22. Les juges recherchent pour caractériser l'existence d'une donation avec charge dans l'intérêt d'un tiers si un avantage objectif est procuré au donataire (cf. Req., 21 mai 1860, D. 1860, 1, 312).

³ En ce sens, G. Flattet, Les contrats pour le compte d'autrui, thèse Paris, Sirey, 1950, n° 114 ; C. Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse Bordeaux, 1968, n° 151.

⁴ En ce sens, J. Carbonnier, Droit civil, tome 4, Les obligations, 21^{ème} éd., P.U.F, 1998, n° 124 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 7^{ème} éd., Dalloz, 1999, n° 491. Cass. civ., 16 janv. 1888, D.P. 1888, 1, 77, S. 1888, 1, 121, note T.C.

⁵ Voy. par ex., J. Flour et J.L. Aubert, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 8^{ème} éd., par J.L. Aubert, coll. U, Armand Colin, 1998, n° 479, note 3, p. 348 ; C. Larroumet, thèse préc., n° 151 ; M. Tchendjou, Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui, thèse Paris I, 1995, n° 73.

⁶ En ce sens, C. Larroumet, thèse préc., n° 151 ; M. Tchendjou, thèse préc., n° 73.

⁷ Comp. à propos de la fiducie-libéralité, C. Witz, La fiducie en droit privé français, Paris, éd. Economica,

à titre onéreux. En effet, si en vertu de ce contrat, l'affectataire-promettant n'est tenu d'exécuter aucune obligation envers le stipulant-fondateur, l'affectataire promettant s'engage, sur la base de la stipulation pour autrui qui vient se greffer sur ce contrat, non seulement envers les bénéficiaires mais *également envers le fondateur* à exécuter une prestation envers des tiers bénéficiaires¹. De là s'explique que l'acte de fondation fasse naître des rapports triangulaires et qu'en particulier, le fondateur dispose d'une action à l'encontre du promettant pour l'obliger à exécuter l'engagement qu'il a pris au profit du tiers.

77. Cette analyse n'a malheureusement pas reçu de consécration jurisprudentielle². Il est vrai toutefois qu'un très ancien arrêt de la Cour de cassation³ avait qualifié le contrat de fondation de contrat à titre onéreux mais sa portée doit être nuancée puisqu'il est intervenu en matière fiscale.

L'onérosité de l'acte de fondation est plus discutable en cas de fondations réalisées par testament.

b- Analyse de l'acte de fondation inclus dans un testament : la gratuité « forcée » de l'acte de fondation.

78. La question de l'onérosité de l'acte de fondation est des plus délicates en raison du caractère unilatéral et à cause de mort des dispositions contenues dans un testament. De

1981, n° 283 pour lequel la fiducie-libéralité est un contrat synallagmatique à titre onéreux, plus précisément, il y a selon cet auteur un contrat synallagmatique sur lequel se greffe une stipulation pour autrui.

Le fait que l'affectataire-promettant acquiert du fondateur la propriété des biens en vertu d'un contrat qui n'est pas un contrat nommé puisque celui-ci n'est ni une vente, ni une donation, ni un échange n'est pas un obstacle à la validité du transfert. Aucun principe n'interdit de transférer des biens en utilisant des contrats innommés : cf. à propos de la fiducie, C. Witz, thèse préc., n° 244 et P. Crocq, Propriété et garantie, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 248, 1995, préface M. Gobert, n° 154, qui fonde la validité du transfert de propriété à titre de garantie sur le principe de liberté contractuelle et sur l'absence de *numerus-clausus* des contrats translatifs de propriété.

¹ Cf. la démonstration faite par M. Larroumet en matière d'assurances-vie au profit d'un tiers (C. Larroumet, thèse préc., n° 156).

² Cette solution peut cependant, selon nous, se recommander des arrêts précités (Civ., 20 janv. 1930, S. 1930, 1, 281, note F. Génay et Civ., 24 fév. 1932, S. 1932, 1, 321, note F. Génay) qui, dans le domaine voisin de la nature juridique d'un acte d'apport, subordonne l'onérosité de l'acte d'apport à l'existence de stipulation particulière dans l'intérêt propre du fondateur ou dans celui de sa famille ou de ses amis. C'est donc que la stipulation d'une prestation dans l'intérêt d'un tiers à l'acte est susceptible de rendre l'acte onéreux.

³ Cass. civ., 28 oct. 1895, S. 1897, 1, 289.

plus, l'admission d'une telle analyse suppose que le testament puisse contenir des dispositions intéressées.

79. A cet égard, une première attitude consiste à soutenir que la forme testamentaire impose la gratuité aux dispositions patrimoniales, consacrant de la sorte la prédominance de la forme sur le fond¹.

80. Outre que cette opinion ne prend appui sur aucun fondement textuel², il est admis que le testament est susceptible d'accueillir des dispositions à caractère intéressé : ainsi, le testateur est-il libre de régler à son gré le mode de ses funérailles ; il peut même insérer dans son testament une reconnaissance de dette³.

Plus sérieuse est l'objection tirée du caractère à cause de mort du testament. Le caractère à cause de mort des dispositions testamentaires, en tant qu'il empêche la rencontre entre la volonté du testateur et le pseudo-légataire, s'oppose à la reconnaissance d'un acte à titre onéreux.

De plus, si l'on peut concevoir, à la rigueur, que le fondateur puisse unilatéralement s'imposer un sacrifice, il est plus difficile d'admettre qu'il puisse imposer à autrui un sacrifice sans son accord⁴. Dès lors, la disposition testamentaire serait au mieux une offre de contracter que le testateur adresserait à son prétendu légataire et qui ne pourrait produire effet du fait du décès de son auteur. En effet, comme cette offre ne survit pas au décès de son auteur, elle deviendrait caduque⁵ à l'instant où, justement, elle est censée produire effet⁶.

¹ En ce sens, J. Hamel, thèse préc., p. 27, 28 ; J. Maury, thèse préc., tome 1, p. 231.

² Ni l'article 893 du Code civil relatif à la manière de disposer de ses biens à titre gratuit, ni l'article 895 portant définition du testament ne posent pareille présomption de gratuité.

³ En ce sens, C. Beudant, Cours de droit civil français préc., n° 8 ; P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 503.

⁴ Ainsi, dans le domaine de la stipulation pour autrui, s'il a pu être décidé que la stipulation pour autrui pouvait faire naître des obligations à la charge du tiers bénéficiaire, c'est seulement au cas d'acceptation du bénéficiaire : Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 343, D. 1989, somm., 233, obs. J.L. Aubert, R.T.D.C. 1988, 532, obs. J. Mestre. Pour une explication de cette jurisprudence, cf. M.L. Izorche, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, thèse Aix, 1989, n° 868 ; D.R. Martin, La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994, chr., p. 145 et s.

⁵ En ce sens, E. Bartin, op. cit., p. 388 ; J. Maury, thèse préc., tome 1, p. 231. Pour la même analyse à propos des fondations de messes, cf. F. Dejust, thèse préc., p. 31

⁶ Notons que cet obstacle n'aurait pas lieu d'être si l'on admettait l'effet obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté.

M. Dupeyroux n'estime pourtant pas ces arguments décisifs : tout en reconnaissant que le testament ne peut, à cause de son caractère unilatéral, contenir « une disposition onéreuse se suffisant à elle-même », il admet que le testament peut contenir « sinon une offre véritable, du moins l'amorce sui generis d'opérations onéreuses », l'acte translatif de droits ne devenant efficace et définitif « qu'au moment de l'acceptation et de la naissance simultanée d'une obligation antagoniste à la charge de l'acceptant »¹.

Si l'on a bien compris, l'acte n'est définitif qu'à l'instant de l'acceptation de l'accipiens, acceptation qui, simultanément, donne naissance à une obligation dont est redevable l'acceptant. Tout se passe comme si l'acte était affecté d'une condition résolutoire tenant à l'acceptation de la personne désignée par le testateur.

Pour étayer cette opinion, la comparaison avec le legs avec charge peut être utile. Dans ce cas, en effet, on admet sans peine que le testateur puisse imposer au gratifié des obligations. Pourtant, ici aussi, aucun accord de volonté ne s'est produit entre testateur et légataire².

81. L'analyse de l'acte de fondation par testament en un acte à titre onéreux n'a toutefois pas reçu d'écho favorable en jurisprudence qui continue à traiter l'accipiens en un gratifié véritable en exigeant de lui qu'il remplisse les conditions de capacité. L'opération prend le nom de legs même si, réalisé entre vifs, l'acte serait qualifié de contrat synallagmatique à titre onéreux. L'exemple le plus frappant nous est fourni par une espèce de 1877. Dans cette affaire jugée par la Cour d'appel de Paris³, un testateur avait légué au supérieur des Pères de Pontigny une somme de 7000 Francs à charge de les affecter à la célébration de messes. Alors même qu'elle constate que cette somme représente « la rémunération légitime et conforme aux usages destinés aux prêtres » et n'est donc pas « une libéralité » faite à la congrégation (auquel cas elle eût été nulle), la Cour d'appel n'en qualifie pas moins l'opération de legs avec charges. Plus proche de notre matière est

¹ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 238.

² Pour expliquer cette situation on a pu dire qu'en acceptant le legs avec charge, le légataire s'engageait à remplir la charge de sorte qu'intervient entre l'héritier débiteur du legs et le légataire un concours de consentement (F. Laurent, Principes de Droit civil, tome 14, 3^{ème} éd., Bruxelles, Paris, 1878, n° 248). Pour autant, l'obligation d'exécuter la charge ne s'impose pas au légataire du seul fait du testament puisque ce dernier reste libre d'accepter ou de renoncer. On a pu également considérer que le legs avec charge produisait effet envers le légataire alors même que celui-ci n'aurait pas exprimé de volonté en ce sens. Mais, le legs avec charge aurait pour unique effet de créer un droit d'option au profit du légataire (M.L Izorche, thèse préc., n° 867).

³ Paris, 23 nov. 1877, D. 1878, 2, 234.

l'espèce qui valide le legs avec charge de fondation¹ adressé à une personne physique en y voyant un acte à titre gratuit.

En l'état du droit positif, l'acte de fondation adressé à une personne physique ou à une personne morale en dehors de ses attributions se coule ainsi dans le moule du legs sans pour autant conférer au destinataire des biens aucun avantage objectif. Si une telle qualification peut à la rigueur se concevoir s'agissant d'un legs universel du fait de sa spécificité², elle est plus critiquable pour le legs particulier, car elle amène à dissocier la notion de legs de celle de gratuité. Elle entraîne, par ailleurs, des confusions regrettables.

82. La jurisprudence a, en effet, parfois annulé des legs adressés à des personnes morales qui ne pouvaient les recevoir parce que leur spécialité ne le leur permettait pas et ainsi subordonné la validité de la disposition testamentaire à l'intérêt (pécuniaire ou seulement moral) que la personne morale pouvait trouver à exécuter la charge grevant le legs³. A défaut d'intérêt, le legs serait, selon la jurisprudence, nul comme constituant un legs par personne interposée adressé à des incapables de recevoir (puisque les bénéficiaires de l'acte de fondation sont indéterminés). De ce que la disposition ne confère aucun bénéfice (ni pécuniaire ni moral) à l'accipiens, les juges du fond concluent en effet à sa qualité de personne interposée⁴, l'opération camouflant une libéralité directe adressée à des incapables de recevoir.

Cette qualification est discutable, car elle procède d'une confusion. Le fait que l'accipiens ne bénéficie d'aucune gratification ne signifie pas forcément qu'il est une personne interposée. L'absence de gratification de l'accipiens empêche seulement de voir en lui le bénéficiaire d'une libéralité. Mais, l'intermédiaire n'est nullement fictif. Lorsque l'accipiens doit transmettre les revenus des biens à des personnes choisies par lui (cas des fondations de prix), il n'est nullement un propriétaire fictif, apparent, le fondateur ayant entendu lui transférer la propriété des biens.

¹ Cf. Aix, 9 mars 1909, Gazette des tribunaux du 25 avr. 1909, R.T.D.C. 1909, 426, obs. J. Hémar, D. 1909, 2, 310, S. 1909, 2, 79.

² Cf. supra, n° 72.

³ Cf. Besançon, 22 juill. 1946, J.C.P. 1947, II, 3568, note R. Savatier, selon lequel l'accipiens agissant hors de ses limites statutaires ne trouverait même pas « un avantage moral » à l'affectation. Dans le même sens, la chambre des requêtes (Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699, note P. Voirin, D.A. 1941, J., 102) constate que la commune à défaut d'intérêt pécuniaire a un intérêt moral à l'exécution de la charge.

⁴ Pour la définition de la personne interposée, cf. supra, n° 62 et s.

83. En outre, la prestation essentielle à laquelle s'engage l'accipiens consiste non en une obligation de donner mais en une obligation de faire.

Celui-ci doit assurer, au mieux, la capitalisation des biens afin de rendre possible l'exécution de la charge sinon à perpétuité, du moins pour une durée indéfinie. En ce sens au moins, l'accipiens exécute un service ; il ne se contente pas de transmettre la libéralité à des personnes désignées par lui.

84. Enfin, la durée indéfinie de l'affectation permet de mettre en doute la réalité d'une interposition de personnes. On peut apercevoir plus difficilement une personne interposée dans l'intermédiaire chargé de gratifier pour l'éternité, un artiste, des indigents....

85. N'étant pas une personne interposée, il ne peut davantage être considéré comme un tiers investi du mandat d'élire. Techniquement, l'accipiens est propriétaire des biens transmis ; il n'y a donc pas vacance des biens. Par ailleurs, la faculté d'élire qui invalide le legs direct est « forcée et naturelle » dans l'hypothèse d'une fondation de prix.

*

* *

86. Ainsi, l'acte de fondation appartient, en droit positif, à la catégorie des libéralités avec charges et ce quelle que soit la personne désignée pour réaliser l'affectation, quand il est inséré dans un testament. Il nous est apparu également que la nature juridique de l'acte de fondation dépendait de la qualité du « chargé d'affectation » lorsqu'il est réalisé par acte entre vifs : l'acte de fondation s'analyse en effet en une donation avec charges dans l'intérêt du gratifié s'il est adressé à une personne morale agissant dans le cadre de sa spécialité et en un contrat à titre onéreux lorsque l'affectation n'est pas conforme aux intérêts du « chargé d'affectation ». Une telle qualification n'est pas sans intérêt puisque, outre le fait qu'elle détermine les conditions de validité de l'acte de fondation¹, elle en conditionne le régime fiscal¹.

E- Les implications fiscales de la qualification.

87. La qualification de l'acte de fondation fait naître deux sortes d'interrogation au plan fiscal. Dans un premier temps, elle pose la question de l'assujettissement éventuel de l'acte

¹ Cf. infra, n° 105 et s.

de fondation aux droits de mutation à titre gratuit. De plus, la finalité d'intérêt général des fondations, bénéfique pour la collectivité, motive les encouragements fiscaux du législateur. Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas réservés aux fondations mais profitent à toutes les autres formes de mécénat.

88. L'acte de fondation, quand il s'analyse en un acte à titre gratuit, est soumis aux droits de mutation à titre gratuit². Le taux appliqué varie en fonction du degré de parenté de l'accipiens avec le disposant. En raison de la nature des biens sur lesquels ils portent (œuvres d'art, immeubles classés ou inscrits à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques), certains dons ou legs peuvent bénéficier d'une exonération des droits de mutation à condition que les œuvres ou objets soient destinés à figurer dans une collection publique ou à l'entretien d'une collection publique (article 795-6 du C.G.I.).

En outre, lorsque l'acte de fondation est adressé à un étranger à la famille, le taux maximum d'imposition (c'est-à-dire 60 %) doit, en principe, être acquitté. Cependant, la qualité du légataire ou du donataire engendre des impositions à taux réduit voire des exonérations. Ainsi, les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique sont, en vertu de l'article 777 du Code général des Impôts, soumis au tarif fixé pour les successions entre frères et sœurs soit 35% sur la fraction des biens transmis n'excédant pas 150 000 F et 45 % au delà (article 777 du C.G.I.). De la même façon, les régions, départements, communes, les établissements publics hospitaliers et centres d'action sociale échappent au paiement de tout droit de mutation à titre gratuit (article 794 du C.G.I.).

De même, l'acte de fondation, en raison de son objet, peut être exonéré des droits de mutation à titre gratuit. Sont ainsi exonérés les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique dont les ressources sont exclusivement affectées à des œuvres scientifiques, culturelles ou artistiques à caractère désintéressé (article 795-2 du C.G.I.). Les libéralités adressées aux établissements publics charitables, aux mutuelles, et à « toutes autres sociétés reconnues d'utilité publique » dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, bénéficient également de l'exonération des droits de mutation à titre gratuit après que le caractère de bienfaisance de la disposition ait été reconnu par le

¹ Pour les implications civiles de l'analyse, cf. infra, n° 386.

² Précisons, par ailleurs, que l'acte de fondation est soumis à la perception d'une taxe de publicité foncière au taux de 0,6 % et à celle du salaire du conservateur lorsque l'acte de fondation a un objet immobilier. Sur la question, cf. A. Chappert, La fiscalité des organismes sans but lucratif, Rép. Déf. 1996, art. 36292.

décret en Conseil d'Etat ou l'arrêté préfectoral qui en autorise l'acceptation (article 795-4 du C.G.I.).

Le fait que l'acte de fondation comporte parfois des charges dans l'intérêt d'un tiers qui diminuent l'émolument du gratifié n'emporte, en revanche, aucune conséquence. Ainsi, lorsque l'acte de fondation se coule dans le moule du testament, le légataire devrait en principe être assujéti aux droits de mutation à titre gratuit, la loi fiscale ne distinguant pas entre les legs « suivant qu'ils présentent pour le tout ou pour partie seulement les caractères d'une libéralité »¹. Il est vrai que la doctrine fiscale excepte de cette règle les legs secondaires qu'elle définit comme « le legs par lequel le testateur charge le légataire principal de remettre à un tiers, soit une partie du bien légué, soit une somme ». Un tel legs est en effet « soumis au droit de mutation par décès d'après le degré de parenté du légataire secondaire. Il est déduit de la part revenant au légataire principal »². Il semble toutefois que l'affectataire ne puisse bénéficier de la doctrine du legs secondaire dans la mesure où les tiers bénéficiaires de l'affectation sont indéterminés. En conséquence, il devra acquitter les droits sur la totalité des biens transmis sans égard à la charge.

89. Aussi la qualification de l'acte de fondation d'acte à titre gratuit est-elle nettement moins avantageuse pour l'accipiens sur le plan fiscal que celle d'acte à titre onéreux. En effet, lorsque l'acte de fondation s'analyse en un acte à titre onéreux (lorsqu'il est fait par acte entre vifs), le transfert de propriété de biens à l'accipiens ne s'accompagne d'aucune contrepartie matérielle représentant la valeur du bien aliéné (ni versement d'un prix ni remise d'un bien en nature) au profit du fondateur. En toute logique, l'absence d'une base imposable devrait empêcher la perception de droit d'enregistrement à l'occasion du transfert des biens affectés³. En revanche, le transfert de biens opéré au profit de tiers bénéficiaires, dans la mesure où il a lieu à titre gratuit, sera soumis aux droits frappant les mutations à titre gratuit. Le taux d'imposition variera en fonction du degré de parenté liant le fondateur au bénéficiaire de la libéralité (article 777 du C.G.I.).

¹ Doctrine administrative 7 G-2121, n° 6, 15 déc. 1991, in Feuillets Fr. Lefebvre, Enregistrement, Division X, paragraphe 1870.

² Doctrine administrative 7 G-2121, n° 14, 15 déc. 1991, in Feuillets Fr. Lefebvre, Enregistrement, Division X, paragraphe 2000.

³ Une comparaison pourrait d'ailleurs être faite avec la fiducie. Sur ce sujet, cf. C. Witz, thèse préc., n° 317 et s. ; P. Crocq, thèse préc., n° 166 et s.

90. Le disposant, lorsqu'il agit par acte entre vifs, bénéficie par ailleurs d'un avantage fiscal sous forme de réduction d'impôt.

Les dons et versements effectués au profit d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général, ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ouvrent droit à une réduction d'impôt sur le revenu égale à 50 % des sommes versées dans la limite de 1,75 % du revenu imposable du donateur (article 200-1° et 200-2° du C.G.I issus de la loi du 24 juin 1996¹). Les dons à des établissements d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés à but non lucratif agréés par le ministre chargé du budget ainsi que par le ministre chargé de l'enseignement supérieur ou par le ministre chargé de la culture ouvrent également droit à cet avantage fiscal.

Les versements effectués au profit d'organismes sans but lucratif qui procèdent à la fourniture gratuite de repas à des personnes en difficulté, qui contribuent à favoriser leur logement ou qui procèdent, à titre principal, à la fourniture gratuite des soins mentionnés au 1° du 4 de l'article 261 à des personnes en difficulté bénéficient d'une réduction d'impôt supplémentaire (60 % au lieu de 50 %) dans la limite de 2.050 Francs (article 200-4 du C.G.I modifié par la loi de finances pour 1999). Ces versements ne sont d'ailleurs pas pris en compte pour l'application du plafond de 1.75 %.

La reconnaissance d'utilité publique confère également au donateur un avantage fiscal supplémentaire en ce que la limite de déduction est portée de 1,75 % à 6 %. Les dons versés aux associations culturelles ou de bienfaisance autorisées à recevoir à titre gratuit et aux établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle bénéficient du même avantage.

Ces faveurs fiscales sont cependant limitées par l'interprétation restrictive de la loi donnée par l'Administration fiscale. Ainsi, le plafond de déduction de 6 % ne se cumule pas avec celui fixé à 1,75 % pour les œuvres ou organismes non reconnus. En outre, un contribuable dépassant le plafond n'est pas autorisé à reporter sur un exercice postérieur la fraction des dons non pris en compte.

¹ Pour l'application de la loi du 24 juin 1996, cf. instruction fiscale du 6 janvier 1997 (B.O.I 5 B-1-97 ; Rép. Déf. 1997, art. 36651). Cette instruction précise notamment l'ordre d'imputation des réductions d'impôt applicables aux sommes versées à titre de dons.

Le statut des bénéficiaires comme la condition d'intérêt général sont également strictement entendus par l'Administration fiscale. Ainsi, l'organisme bénéficiaire doit exercer son activité en France. De la même façon, les dons versés à des bénéficiaires dépourvus de personnalité morale (personne physique ou association non déclarée) et les dons faits aux entreprises (en raison de leur but lucratif) ne sont pas déductibles¹. L'instruction fiscale du 26 février 1988 souligne, par ailleurs, que « la reconnaissance d'utilité publique d'une association ou d'une fondation n'a pas pour conséquence automatique de (lui) conférer le caractère d'intérêt général au sens du Code des impôts »².

En fait, la définition de l'intérêt général est calquée sur les règles gouvernant l'assujettissement des associations à l'impôt sur les sociétés. Plus précisément, l'Administration impose deux conditions. En premier lieu, l'activité ne doit pas être lucrative³. Les dons faits à des associations dont l'activité est lucrative sont exclus du domaine d'application de l'article 200 C.G.I. Cette interprétation oblige les donateurs potentiels à connaître en détail le fonctionnement de l'œuvre bénéficiaire ce qui est, en pratique, impossible⁴. Il n'est fait exception à cette règle que lorsque l'organisme sans but lucratif sectorise son activité en un secteur lucratif et un secteur non-lucratif. Dans ce cas, les dons affectés au secteur non-lucratif peuvent faire bénéficier leurs auteurs de la réduction d'impôt ou de la déduction du résultat imposable (articles 20 et s., instruction fiscale 4H-1-99 du 16 février 1999)⁵. La gestion de l'organisme doit être, en second lieu, désintéressée. L'Administration refuse que l'organisme bénéficiaire fonctionne au profit d'un cercle restreint de personnes⁶.

91. On perçoit, à travers cette analyse fiscale, tout l'intérêt de déterminer la nature gratuite ou onéreuse de l'acte de fondation. La détermination de celle-ci est

¹ En ce sens, A. Grange-Cabane, Donner au mécénat un nouvel essor : rapport à monsieur le ministre de la culture et de la francophonie, 1994, p. 78.

² B.O.I 4 C-2-88.

³ Sur les critères d'exonération aux impôts commerciaux, cf. infra, n° 649.

⁴ M. Grange-Cabane (op. cit., p. 80) observait que même si le donateur prend la peine d'examiner les détails de fonctionnement de l'œuvre, cela « ne constitue en rien une garantie, puisque le bénéficiaire pourra toujours se lancer dans des activités lucratives après que le donateur lui aura versé sa libéralité ».

⁵ Si les dons sont utilisés par le secteur lucratif de l'organisme, ce dernier est passible d'une amende fiscale représentant 25 % des sommes mentionnées sur les reçus ou attestations délivrées.

⁶ Les organismes qui auraient pour objet de servir les intérêts d'une ou plusieurs familles, personnes ou entreprises, de faire connaître les œuvres de quelques artistes, ou les travaux de certains chercheurs...seraient considérés comme exerçant une activité au profit d'un cercle restreint de personnes.

particulièrement délicate lorsque l'acte de fondation s'inscrit dans le cadre du mécénat d'entreprise. En pareille hypothèse, la recherche d'une contrepartie économique qui caractérise le mécénat d'entreprise justifie-t-elle de donner à l'acte de fondation une qualification différente ? Le particularisme fiscal de cette forme de mécénat mérite en tout cas qu'on se penche sur la question.

Paragraphe II- Qualification de l'acte de fondation d'entreprise.

92. L'auteur d'un mémoire consacré au mécénat culturel d'entreprise constate que dans l'histoire le mécénat n'a jamais été un acte de philanthropie désintéressé mais qu'il a toujours été associé à « la volonté, avouée ou non, de créer des symboles du pouvoir (qu'il soit politique religieux ou économique) ou d'amener la gloire nécessaire au pouvoir »¹. Et l'auteur de conclure que le mécénat culturel d'entreprise n'est qu'une forme moderne de mécénat. Le mécénat d'entreprise² nous paraît, cependant, se détacher des formes traditionnelles du mécénat dès lors qu'il se met au service d'une entité économique. Les retombées attendues de l'acte mécénal ne sont pas seulement de l'ordre de l'avantage moral mais se situent dans celui du patrimonial.

93. Le mécénat d'entreprise se rapproche du sponsoring ou parrainage³ en ce qu'il a pour objet l'amélioration de l'image de marque de l'entreprise. C'est d'ailleurs en cela qu'ils

¹ D. Joly, Le mécénat culturel d'entreprise : un rôle stratégique dans notre société, mémoire Paris I, nov.1991, p. 13 et s. ; sur l'histoire du mécénat, cf. S. Piquet, Version antique et version moderne du mécénat, Revue française de gestion, 1991, p. 5 et s. et spéc., p. 8 et s. ; A Barabe, Le mécénat va-t-il supplanter le sponsoring ?, Petites Affiches, 9 sept. 1991, n° 108, p. 4 et s. et spéc., p. 5 et s.

² Sur le mécénat, il existe de très nombreux ouvrages : voy. par ex., S. Piquet, Sponsoring et mécénat, Paris, Vuibert, 1985 ; Admical, Les aspects juridiques et fiscaux du mécénat d'entreprise, Admical, juill. 1985 ; Admical, On demande entreprises mécènes ! Enquête sur le mécénat culturel d'entreprise, préface de J. Rigaud, Chotard éditeurs, 1982 ; G. de Brébisson, Le mécénat, Que sais-je ?, P.U.F, 1993 ; A. Gobin, Le mécénat, histoire, droit, fiscalité, Entreprise moderne d'édition, 1987 ; J.J. Rose, l'Or pour l'art, Paris, Flammarion, 1986 ; Direction du développement culturel du Ministère de la culture, Guide juridique et fiscal du mécénat d'entreprise, Paris, A.G.E.C, 1986 ; R. Vescia, Le mécénat d'entreprise, Economica, 1987 ; H. Léna, Fiscalité du mécénat, P.U.F, 1991. Cf. également, Ministère de la culture et de la communication, service des études et de la recherche, Le mécénat et les fondations : bibliographie, 1987.

Sur le mécénat d'entreprise, cf. Problèmes politiques et sociaux, 18 avr. 1986, n° 534 ; A. Holleaux, Les rencontres internationales d'Avignon sur le patrimoine culturel, Petites Affiches, 8 janv. 1990, n° 4, p. 7 et s. ; Le financement privé de la culture, Mécénat et Sponsoring, Magazine des Métiers d'Art, n° 37, juin-juill. 1988, n° 17 et s.

³ Le sponsoring est, selon l'arrêté du 6 janvier 1989, un anglicisme prohibé auquel doit être substitué le terme parrainage.

se différencient des formes de publicités classiques qui, elles, ne demandent qu'à vendre un produit¹.

94. L'importance commerciale de l'image de marque a été découverte, non sans quelque réticence, par les entreprises dans les années 1970. Dans une situation économique de concurrence aiguë et de production de masse favorisant l'identité des produits, l'image de marque est apparue comme un élément permettant à l'entreprise de développer son individualité, de se démarquer de ses concurrents. Aussi, dans les années 80, a fait jour le concept « d'entreprise citoyenne » qui confère à l'entreprise une responsabilité sociale, morale et culturelle et ainsi, ne la cantonne plus dans sa fonction première de production et de vente².

95. Si mécénat et sponsoring se rejoignent par cet objectif commun (l'amélioration de l'image de marque), ces deux actions de communication ne se confondent pas pour autant. Pour les spécialistes de la communication et du marketing, la différence tient dans la teneur du message véhiculé par chacune de ces actions de communication. Alors que le mécénat s'inscrit dans l'optique de valorisation sociale de l'entreprise, le parrainage demeure une forme de publicité déguisée, l'entreprise cherchant, à partir d'un événement, à « prouver les qualités mêmes du produit »³ (effet dénotatif) ou à « donner au produit des vertus nouvelles tirées de l'événement » (effet connotatif)⁴. Le mécénat a pu de ce fait être décrit comme « une technique normale de gestion qui correspond à un besoin précis et incontournable de communication institutionnelle de l'entreprise dont la cible est plus large que celle concernée par les produits »⁵.

¹ Pour des éléments de différenciation entre mécénat et parrainage et les formes classiques de publicité, cf. A Barabe, loc. cit., p. 12 ; C. Lapoyade-Deschamps, Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé, Litec-Joly, 1991, p. 125 et s. et spéc., p. 128 et s. Comp. Paris, 7 avr. 1994 (D. 1994, I.R., 156, Juris-Associations 1994, n° 109, 11) qui définissant le contrat de sponsoring comme le contrat par lequel une entreprise apporte son concours à une personne physique ou morale pour la réalisation d'un événement en contrepartie de quoi cette dernière lui apporte une certaine publicité en vient à conclure qu'il est un contrat de publicité ayant pour objet de réaliser la promotion d'un produit ou d'une œuvre.

² En ce sens, J. Rigaud, L'Etat et le mécénat, Revue Léna, p. 8 ; J.P Labro, Qu'attend l'entreprise du parrainage ?, Revue Léna, p. 17.

³ Groupe de recherche sous la houlette de J.M Mousseron et M.E André, J.C.P. 1984, éd. E., supplément, Cahiers de droit de l'entreprise, p. 2.

⁴ Ibid.

⁵ S. Piquet, loc. cit., p. 15.

96. Juridiquement, un flou entoure ces deux concepts. Les textes qui régissent la matière l'abordent soit sous l'angle fiscal (loi du 23 juillet 1987 modifiée et instruction fiscale du 26 février 1988), soit sous celui de la terminologie (arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière).

L'arrêté du 6 janvier 1989 sur la terminologie économique et financière définit le parrainage comme « le soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation, en vue d'en retirer *un bénéfice direct* ». Les opérations de parrainage, poursuit le texte, « sont destinées à promouvoir l'image du parrain et comportent l'indication de son nom ou de sa marque ». Le mécénat est, quant-à-lui, défini comme « le soutien matériel apporté, *sans contrepartie directe* de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général ».

Il semble qu'entre les termes de bénéfice et contrepartie, il n'y ait pas autre chose qu'un différence terminologique. La confrontation des deux définitions semble plutôt faire apparaître une distinction tenant à l'objet du soutien apporté. Dans un cas (le mécénat), les fonds apportés sont destinés à l'exercice d'une activité d'intérêt général ; dans l'autre, au contraire, la nature de la manifestation ou de l'organisation parrainée n'est pas précisée.

La définition fiscale du cadre des opérations de mécénat et du parrainage apportée par la loi du 23 juillet 1987 condamne cependant cette opinion. Aux termes de l'article 238 bis 1 du C.G.I portant déduction des dépenses de mécénat « les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés sont autorisées à déduire du montant de leur bénéfice imposable, dans la limite de 2,25 pour mille de leur chiffre d'affaires, les versements qu'elles ont effectués au profit d'œuvres ou organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises » ; les opérations de parrainage, assimilées à des charges d'exploitation, sont, elles, définies comme des dépenses engagées dans le cadre de manifestations¹ de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des

¹ Par manifestation il faut entendre non seulement l'ensemble des opérations ponctuelles auxquelles l'entreprise peut participer mais également toutes les opérations de parrainage à plus long terme, à caractère pluriannuel ou continu (Mémento Lefebvre, Associations et Fondations 1999-2000, n° 10808). L'élément temporaire ne peut donc pas servir d'élément distinctif.

connaissances scientifiques françaises lorsqu'elles sont exercées dans l'intérêt direct de l'exploitation (article 39-1-7 du Code général des impôts).

Ce n'est donc pas la nature de l'activité exercée qui différencie le parrainage du mécénat. Si en pratique, toutefois, le sport constitue le terrain d'élection du parrainage et la culture celui du mécénat¹, le choix de ces domaines d'activité ne saurait constituer au plus qu'un indice.

C'est plutôt dans la finalité des dépenses engagées que semble résider la clef de la distinction, le parrainage étant une dépense engagée dans l'intérêt direct de l'exploitation à l'inverse de l'acte de mécénat à finalité d'intérêt général². Selon l'Administration fiscale (D. adm 4C-473, n° 9), la condition d'intérêt direct est remplie lorsque l'entreprise concernée est clairement identifiée et que les dépenses engagées par l'entreprise sont en rapport avec l'avantage qu'elle en attend³. L'intérêt direct ajoute donc à la condition d'avantage direct celle de proportionnalité entre les fonds engagés et la contrepartie obtenue.

97. Même ainsi éclaircie, la distinction demeure insatisfaisante : l'entreprise ne peut, en effet, exiger de l'organisme parrainé qu'il lui garantisse des retombées financières, exigence qui serait utopique. De plus, caractériser l'acte de parrainage par l'intention de réaliser des bénéfices qui présentent les caractères d'immédiateté et de proportionnalité, est source d'incertitudes. S'attacher au seul élément intentionnel, par hypothèse difficile à caractériser, pour établir une distinction ne peut en effet qu'être générateur de doutes.

Il est plus judicieux de s'attacher à la manifestation concrète de cette intention (l'exploitation de l'événement) plutôt qu'à cette intention. Dans l'acte de parrainage, l'organisme parrainé prend l'engagement d'organiser la diffusion de l'opération par la reproduction des signes distinctifs de l'entreprise (marque, nom, sigle ou tout autre support de l'image de marque) et par la participation à des manifestations de relations publiques. Alors que le contrat de sponsoring planifie de manière très précise les modalités de la

¹ La distinction ainsi opérée entre le parrainage sportif et le mécénat culturel reflète pour certains « le vieux dualisme chrétien de l'âme et du corps, de la culture et du sport, des activités nobles et des activités serviles » (S. Piquet, loc. cit., p. 13).

² En ce sens, C. Lapoyade-Deschamps, loc. cit., p. 130.

³ Un tel bilan « coût avantages » est très difficile à établir sauf à se contenter des justifications de l'entreprise ou à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. En pratique, pour ces contrôles, les agents se fondent sur des « circonstances de fait » c'est-à-dire procèdent par comparaison avec les charges inscrites par les entreprises concurrentes pour des opérations semblables. Or, deux opérations de mécénat ne sont pas comparables et les contreparties apportées peuvent varier d'une opération à l'autre.

campagne publicitaire, le contrat de mécénat n'assure contractuellement pas ou avec discrétion la diffusion médiatique de la participation de l'entreprise à l'événement¹. En d'autres termes, *le lien publicitaire entre l'acte d'intérêt général et le nom de l'entreprise est moins nettement affirmé dans le mécénat*².

98. Le mécénat d'entreprise ne s'insère pas moins dans une démarche intéressée de l'entreprise. Il va sans dire que cette stratégie a d'autant plus d'efficacité qu'elle s'inscrit sur le long terme. Aussi, les fondations, par leur pérennité, apparaissent-elles comme un outil adéquat. A cela s'ajoute le fait qu'à l'appellation fondation est attaché un prestige certain lié à sa connotation hautement désintéressée. L'acte de fonder devient, en conséquence, une action de communication. En fondant, l'entreprise améliore son image de marque ce qui, à plus long terme, est susceptible de contribuer à l'augmentation de son chiffre d'affaires.

99. Mais, pour que cette stratégie de communication aboutisse, encore faut-il que l'action de la fondation soit rattachée à l'entreprise fondatrice. L'usage par la fondation du nom ou de la dénomination sociale de l'entreprise en fournit le moyen. La dénomination sociale, en tant qu'elle individualise la personne morale aux yeux de tous, est « porteuse de l'image de la marque »³. Ainsi, lors de chaque manifestation de la fondation (concert, exposition...), le nom de l'entreprise fondatrice sera associé, dans l'esprit du public, à la réalisation de l'événement. Pour l'acte de fondation, cela se traduira par l'insertion d'une clause particulière imposant au groupement affectataire, outre l'obligation de réaliser l'affectation, celle de réaliser l'affectation sous l'appellation de Fondation suivie du nom de l'entreprise fondatrice.

¹ Pour un exemple de contrat de mécénat et de contrat de parrainage, cf. Groupe de recherche sous la houlette de J.M Mousseron et M.E André, loc. cit., p. 20 et s. Les rapports entre les médias et les mécènes ou sponsors n'ont pas toujours été faciles : les médias ont souvent considéré que le mécénat était une méthode utilisée par les entreprises pour se faire connaître sans passer par les moyens publicitaires classiques c'est-à-dire payants et ont de ce fait refusé de faire état des événements organisés (cf. A-D Perrin, Le parrainage et les médias, Revue Léna, p. 26 ; P. Villin, Humeur !, médias, mécènes et sponsors, Revue Léna, p. 24).

² En ce sens, Groupe de recherche sous la houlette de J.M Mousseron et M.E André, loc. cit., p. 6 ; A. Barabe, loc. cit., p. 9.

³ H. Maccioni, L'image de marque, collection Economica, 1994, p. 94. Comme le met en évidence l'auteur (p. 92 et s.), la complexité de l'image de marque tient en ce que ces supports peuvent être extrêmement diversifiés (nom commercial et dénomination sociale mais aussi enseigne, marque, slogan publicitaire, logo...)

La contrepartie ainsi caractérisée est-elle de nature à remettre en cause la gratuité de l'acte de fondation ? Rappelons au préalable que la question ne présente d'intérêt que dans une seule hypothèse, celle de la conformité entre l'affectation des biens et la mission de la personne morale affectataire. En dehors de ce cas, nous avons vu que l'acte de fondation devait ressortir de l'onérosité faute d'intérêt du destinataire des biens¹.

L'étude précédemment menée sur le critère distinctif des titres gratuits et onéreux permet d'affirmer que l'acte onéreux se reconnaît par l'équivalence objective ou subjective des sacrifices. Aussi, la prestation de l'affectataire doit-elle avoir une valeur propre pour être retenue. Elle doit conférer au disposant une contre valeur réelle et directe.

Est-ce le cas de la prestation précédemment caractérisée ? Cette dernière a pour objet l'amélioration de l'image de marque de l'entreprise fondatrice. Or, l'image de marque, qui se définit comme « l'ensemble des représentations tendant à singulariser, aux yeux du public, la notoriété d'une marque ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique et qui résulte de nombreux investissements (notamment publicité, marketing, travail, etc.) »², est génératrice de valeurs pour la marque sur au moins trois points : elle constitue « un atout concurrentiel » en individualisant le produit, présente au consommateur potentiel des « raisons d'acheter » et permet de développer « un sentiment positif à l'égard de la marque »³. Il n'est guère discutable qu'à l'heure actuelle, l'image de marque se présente comme une valeur incorporelle protégée par le Droit positif⁴. Ainsi, les atteintes portées à cette valeur économique (que ce soit sur le fondement contractuel ou délictuel) sont-elles sanctionnées par la jurisprudence⁵.

De même, le Droit positif français connaît des contrats qui assurent la réservation et la commercialisation de l'image de marque. Aux contrats de sponsoring et de mécénat déjà évoqués s'ajoutent des contrats plus classiques comme le contrat de franchise. Ce dernier fait naître des obligations se rapportant à l'image de marque tant à la charge du franchisé

¹ Il faut, bien entendu, également exclure du champ de l'étude le cas de fondation opérée par acte à cause de mort. Cela va de soi quand l'entreprise prend la forme sociale. Pour le reste, on imagine mal un entrepreneur personne physique ne songer à améliorer l'image de marque de son entreprise qu'après son décès.

² H. Maccioni, op. cit., p. 105. Voir également du même auteur, L'image de marque, Emergence d'un concept juridique ?, J.C.P. 1996, I, 3934.

³ H. Maccioni, op. cit, p. 78 et 79.

⁴ Comp. C. Goyet, La gratuité dans la promotion commerciale en droit pénal, R.T.D. Com. 1975, p. 34 et s. et spéc., n° 8, qui à propos de la publicité écrit que « c'est un investissement qui accroît la valeur immatérielle d'une entreprise ».

⁵ Cf. la jurisprudence citée par H. Maccioni, op. cit, p. 42 et s.

que du franchiseur. Si le franchiseur est tenu de garantir au franchisé « la jouissance des signes de ralliement de la clientèle », le franchisé a, pour sa part, « une obligation de respect de la marque (diffusé par le franchiseur) par le franchisé »¹. Plus manifestes encore sont les nouveaux contrats de transfert de renommée qui consistent pour un opérateur économique à bénéficier de la renommée d'un tiers pour assurer la réussite de sa propre affaire.

100. Il vient, à présent, d'être établi que l'image de marque, quoique valeur incorporelle, a une valeur économique certaine. Reste maintenant à s'assurer de l'équivalence entre le transfert de biens par l'entreprise fondatrice et la prestation de l'accipiens. L'équivalence objective ou subjective des prestations ne permet d'ailleurs de conclure à l'onérosité de l'acte de fondation que si les prestations réalisent des *sacrifices* réciproques pour leurs auteurs.

La mesure de l'équivalence objective des prestations s'avère particulièrement périlleuse en ce domaine. Si la prestation de l'entreprise fondatrice se prête sans difficulté à la mesure objective (puisqu'elle correspond au montant des biens affectés à la fondation), il n'en est pas de même de celle de la fondation. La valeur de la dénomination sociale porteuse de l'image de marque est, en effet, difficile à déterminer. Il est, d'ailleurs, plus aisé de mesurer le préjudice causé par l'atteinte à l'image de marque d'une entreprise² que la valeur des différentes actions de communication effectuées par la fondation³.

Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que la prestation de la personne juridique affectataire est subjectivement considérée par l'entreprise comme l'équivalent de son aliénation. L'entreprise entend en effet bénéficier, à long terme, de retombées économiques équivalentes aux fonds versés. Il n'y a pas lieu, pour autant, de conclure à l'onérosité de l'acte de fondation : si l'aliénation de biens constitue pour l'entreprise un sacrifice certain, le fait pour la personne morale affectataire de devoir réaliser l'affectation de biens sous la dénomination sociale de l'entreprise fondatrice ne représente pour elle, en revanche, aucun préjudice. Car l'obligation de la personne morale de réaliser l'affectation

¹ H. Maccioni, op. cit., p. 18. Cette obligation de respect de l'image de marque doit également être respectée par le franchiseur (ibid.).

² Ce préjudice consiste en « un détournement d'investissements effectués dans le but de promouvoir une image et (en) une dépréciation de l'image du produit, de la marque, de l'entreprise concernée » : en ce sens, H. Maccioni, op. cit., p. 59. Sur les méthodes jurisprudentielles d'évaluation et leur appréciation, cf. H. Maccioni, op. cit., p. 59 et s.

³ Sur les méthodes de mesure des actions de mécénat, cf. A. Barabe, loc. cit., p. 13 et s.

en indiquant, lors de chacune de ses actions, le nom du fondateur ne paraît pas de nature à diminuer le bénéfice qu'elle retire de la mise à disposition de biens. Il en serait autrement si, par leur quantité, les représentations de l'entreprise (slogan, logo...) risquaient de nuire au prestige, à la réussite de l'opération de mécénat, mais il semble que, dans ce cas, la fondation accomplirait une action de parrainage dont la licéité est douteuse.

Ainsi même si l'entreprise a un intérêt matériel certain à l'exécution de l'acte de fondation, celui-ci demeure, en l'absence de sacrifice de l'affectataire, *un acte à titre gratuit*.

101. Cette analyse a-t-elle des incidences sur la fiscalité de l'acte de fondation ?

Fiscalement, le régime de déduction diffère selon que le transfert de biens est assimilé à une dépense de mécénat ou à une dépense de parrainage. Au titre du mécénat¹, les entreprises peuvent déduire de leur bénéfice imposable², dans la limite de 2,25 pour mille de leur chiffre d'affaires comptable (hors taxe), les dons adressés aux organismes d'intérêt général (article 238 bis 1 du C.G.I.). La déduction est portée à 3,25 pour mille pour les dons effectués à des organismes d'utilité publique (238 bis 2). Lorsque le plafond de déductibilité des dons est dépassé au cours d'un exercice, « l'excédent peut être déduit des bénéfices imposables des cinq exercices suivants, après déduction des versements effectués au titre de chacun de ces exercices » (article 238 bis 3 al.1). Jusqu'à la loi du 24 juin 1996, une entreprise ne pouvait déduire ses actions de mécénat de son chiffre d'affaires que si elle était fiscalement bénéficiaire (D.adm.4C-4761, n° 11 à 13). L'Administration fiscale s'appuyait sur les termes mêmes de l'article 238 bis 1 qui vise « le montant du bénéfice imposable »³ et non le résultat imposable. Or, c'était justement en période déficitaire qu'une société pouvait souhaiter améliorer son image en recourant au mécénat. En outre, cette interprétation de l'article 238 bis 1 pénalisait les holdings « têtes de groupe » en ce qu'ils sont rarement bénéficiaires fiscalement et que leur chiffre

¹ Le texte ne vise que les versements mais ceux-ci peuvent revêtir la forme de dons en nature. Sur les règles d'évaluation des dons en nature, cf. Mémento Lefebvre, op. cit., n° 10373 et s.

² Les entreprises relevant de l'impôt sur le revenu ont la possibilité de renoncer à la déduction en pourcentage du chiffre d'affaires pour lui préférer la réduction d'impôt sur le revenu des particuliers (Mémento Lefebvre, op. cit., n° 8503). L'option qui leur est ainsi conférée est indivisible et interdit au contribuable de profiter du régime prévu à l'égard des entreprises pour son bénéfice professionnel et du régime des autres contribuables pour ses autres revenus.

³ Le bénéfice imposable s'entend du bénéfice fiscal avant imputation des dons et avant imputation du report déficitaire ou des amortissements réputés différés des exercices antérieurs (Mémento Lefebvre, op. cit., n° 10587 ; B. Delignières, Jurisclasseur fiscal, impôts directs, fascicule 236-80, 1995, n° 46).

d'affaires est souvent minime. Aussi, ne peut-on que se féliciter de l'adoption du nouvel article 238 bis 3 al. 2 du C.G.I issu de la loi du 24 juin 1996 spécifiant que les versements effectués par les entreprises au cours d'un exercice qui n'a pas été bénéficiaire sont déductibles dans les cinq exercices suivants.

La déductibilité des dons est par ailleurs subordonnée au non-exercice par le groupement affectataire d'activités lucratives. Parallèlement, une interprétation rigoureuse de l'Administration fiscale prohibe pour caractériser l'existence d'un acte de mécénat toute contrepartie directe ou non au profit du donateur, ce qui exclut en particulier tout effet publicitaire, quand bien même cet effet publicitaire n'aurait pas été orchestré par le donateur-mécène¹.

102. A l'opposé des dépenses de mécénat, les dépenses de parrainage sont assimilées à des dépenses de publicité et sont déductibles des résultats imposables lorsqu'elles sont exposées dans l'intérêt direct de l'entreprise (article 39-1-7 du C.G.I). Elles ne peuvent toutefois être prises en compte que si elles satisfont en outre aux autres conditions de déductibilité des charges². L'entreprise ne pourrait d'ailleurs pas déduire les dépenses de mécénat au titre des frais de parrainage³. (Doc. adm., 4 C-473, n° 11).

103. L'absence totale de contrepartie même indirecte exigée par l'Administration fiscale pour caractériser les dépenses de mécénat semble exclure l'acte de fondation du champ d'application de l'article 238 bis du C.G.I puisque, par hypothèse, l'identification de l'entreprise est assurée lors de chaque opération de mécénat.

Il est vrai que le dispositif législatif portant création des fondations d'entreprise a pu laisser croire à l'abandon de cette doctrine fiscale. De crainte que les versements des

¹ Ainsi, au sens où l'entend l'Administration fiscale, la contrepartie pourrait être constituée par une citation dans un article de journal ou à la télévision.

On remarquera que l'Administration fiscale tient à propos de la notion de contrepartie un raisonnement plus économique que juridique. En cela, elle rejoint la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée des subventions ou des abandons de créances consenties d'entreprises à entreprises : cf. C. Louit, La notion de libéralités dans la jurisprudence fiscale récente du Conseil d'Etat, J.C.P. 1984, éd. C.I, II, 14372, n° 2 et s. et les arrêts cités par l'auteur.

² Elles doivent notamment correspondre à une charge effective, être appuyées de justifications suffisantes, être comprises dans les résultats de l'exercice au cours duquel elles ont été engagées et se traduire par une diminution de l'actif net de l'entreprise (instruction du 23 juillet 1987, BOI 4 C-2-88, paragraphe 142).

³ Le régime de déduction des dépenses de parrainage et celui des dépenses de mécénat ne se présente pas à l'identique pour l'entreprise. Si les dépenses de parrainage peuvent être déduites sans plafond, contrairement aux dépenses de mécénat, elles sont, en revanche, assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée. Pour le non-assujettissement des dépenses de mécénat à la taxe sur la valeur ajoutée, cf. Conseil d'Etat, 20 mars 1996, Juris-Associations 1996, n° 145, 21 ; Tribunal administratif de Paris, 29 oct. 1996, Juris-Associations 1997, n° 160, 13.

entreprises ne puissent bénéficier de l'article 238 bis 1° du C.G.I., le législateur a en effet introduit une disposition spécifiant expressément que les versements effectués par les entreprises à leurs fondations d'entreprise seraient soumis au régime de déduction de l'article 238 bis 1° même si la fondation d'entreprise porte le nom de l'entreprise fondatrice. L'instruction fiscale du 23 juin 1992 (B.O.I 4 C-3-92) relative au régime des versements à des fondations d'entreprise a de la même façon paru caractériser la contrepartie de l'acte de parrainage dans la recherche de retombées économiques et publicitaires immédiates ou, au plus, à court terme, ces retombées devant, en outre, être d'égale valeur aux fonds versés¹. Il semble malheureusement que cette faveur soit limitée aux versements effectués par les entreprises à *leurs fondations d'entreprise*².

Au plan fiscal, le transfert de propriété des biens, objet de l'acte de fondation, devrait dès lors être déduit au titre des dépenses de parrainage.

104. Quel que soit le régime fiscal auquel est assujéti l'acte de fondation, il est important de déterminer la qualification de celui-ci puisqu'elle conditionne les conditions de validité de l'acte de fondation et, par conséquent, sa production d'effet. La réalisation de son objectif suppose en plus qu'il génère ses effets pendant une durée indéfinie.

SECTION II- LES CONDITIONS D'EFFICACITE DE L'ACTE DE FONDATION.

105. La validité de l'acte de fondation apparaît comme la condition sine qua non d'efficacité de l'acte de fondation. Elle s'apprécie au travers des règles de capacité tant en la personne du fondateur qu'en celle du destinataire des biens. Il est, par ailleurs, nécessaire de prendre en considération l'élément de perpétuité inhérent à l'acte de fondation. Le destinataire de l'acte de fondation doit, en effet, être en mesure de réaliser, sinon à perpétuité, du moins pour une durée indéfinie, l'affectation de biens à l'œuvre d'intérêt général. Dans cette perspective seront envisagées dans un premier temps les

¹ La même définition apparaît également dans les travaux préparatoires de la loi du 4 juillet 1990 (cf., par ex., rapport de P. Laffitte au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, seconde lecture de la loi du 4 juillet 1990, J.O 1989-1990, Doc., Sénat, n° 345, p. 16.)

² On peut trouver une indication en ce sens dans le fait que le législateur a pris soin de le spécifier expressément pour les versements effectués par les entreprises à la Fondation du patrimoine. En effet, ces derniers peuvent être déduits comme dépenses de mécénat, « même si le nom de l'entreprise versante est associé aux opérations réalisées par cet organisme » (article 238 bis 1 du C.G.I.).

conditions d'efficacité de l'acte de fondation relativement aux personnes (paragraphe I). Nous verrons dans un second temps que cette même perpétuité emporte également des conséquences quant aux biens (paragraphe II).

Paragraphe I- Les conditions tenant aux personnes.

Pour la clarté de l'exposé, il convient d'envisager les qualités requises en la personne du fondateur (I) avant de s'intéresser à celles exigées du destinataire des biens (II).

I- Les conditions tenant à la personne du fondateur.

106. La loi sur le mécénat, en définissant la fondation comme l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident d'affecter des biens à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif (article 18, loi du 23 juillet 1987), n'a pas précisé la qualité des personnes (physiques et morales) concernées par la disposition¹. Ce sont donc les règles de droit commun qui trouvent à s'appliquer. Il n'est pas besoin de s'attarder ici sur les conditions de validité de l'acte de fondation lorsque le fondateur est une personne physique. Rappelons simplement que le fondateur personne physique doit être majeur et capable.

107. Plus intéressantes sont les restrictions à la capacité de fonder des personnes morales. De restrictions à la capacité de fonder des personnes morales dérivant de textes spéciaux, il n'en existe guère. Sans doute les actions de publicité des entreprises des secteurs tabacoles et des alcools sont-elles bridées par la loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme qui leur interdit toute propagande ou toute publicité directe ou indirecte en faveur des produits du tabac (article L. 355-25 du Code de la santé publique) et prohibe toute opération de parrainage lorsque celle-ci a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur de boissons alcooliques. Toutefois, l'article L. 19 du Code des débits de boissons tolère les activités de mécénat des marchands de boissons pourvu qu'elles se conforment aux conditions fixées par décret en Conseil d'Etat². Le défaut de dispositions similaires s'agissant des

¹ A l'exception de la fondation d'entreprise pour laquelle le législateur a indiqué les fondateurs possibles (article 19, loi du 23 juillet 1987) : sur ce point, cf. infra, n° 335 et s.

² Le décret du 29 mars 1993 relatif aux opérations de mécénat mentionnées à l'article L. 19 du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme (J.O Lois et décrets, 30 mars 1993, p. 5683) fut annulé par une décision du Conseil d'Etat du 4 juillet 1997 (J.O Lois et décrets, 31 janv. 1998, p. 1551 et Juridisque

entreprises de tabac ne fait pas pour autant échec à la réalisation par elles d'actions de mécénat. C'est en tout cas ce que révèlent les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 10 janvier 1991¹. Il apparaît en effet que les entreprises de tabac peuvent créer une fondation dès lors que celle-ci n'utilise aucun signe distinctif qui rappelle le tabac. Ceci ne va toutefois pas sans soulever de difficultés lorsque la firme tabagique crée une fondation portant pour dénomination le nom de l'entreprise de tabac. Il est possible, selon nous, de reconnaître la licéité de l'utilisation par la fondation du nom de l'entreprise de tabac, dès lors que la fondation ne sert pas d'instrument de promotion de la marque de tabac².

108. Alors même que l'activité des personnes morales ne serait régie par aucune disposition légale spécifique, elle demeure limitée par le principe de spécialité. La notion de spécialité a souvent été confondue avec celle de capacité. Les deux notions ne se recouvrent pas complètement quoiqu'entretenant des liens certains l'une avec l'autre.

La capacité désigne l'aptitude à être titulaire de droits alors que la spécialité s'entend de « l'assignation que fait la loi à chacune des catégories d'un champ d'activité légale »³. Ainsi, la spécialité limite-t-elle « non les droits qui peuvent appartenir aux personnes morales, mais les buts qu'elles peuvent poursuivre »⁴. Dès lors, la notion de spécialité restreint les buts de la personne morale alors que la capacité touche à ses moyens juridiques⁵.

Lamy, n° 148082, Comité national des interprofessions des vins et eaux de vie à appellation d'origine contrôlée et autres) au motif que les dispositions du décret différaient de celles figurant dans le projet soumis au Conseil d'Etat et de celles adoptées par le Conseil d'Etat.

¹ Cf. par ex. la déclaration du Ministre de la santé : J.O 1990, A.N., Débats, p. 2899. Cf. également, E. Peuchot, La loi Evin interdit-elle aux entreprises des secteurs tabacoles et des alcools d'entreprendre des actions de mécénat à travers la création d'une fondation-abri ?, Petites Affiches, 29 mars 1991, n° 38, p. 11 et s.

² C'est en tout cas la conception qu'avait semblé adopter la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 12 février 1998 (Droit pénal 1998, n° 6, 16-17, obs. J-H Robert) : en l'espèce, il s'agissait d'apprécier la licéité des opérations d'appel public à candidature et de remise de prix scientifiques par une entreprise de tabac, l'annonce de ces opérations ayant donné lieu à des communiqués de presse avec indication de la dénomination de la firme tabagique. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris fut cependant cassé par l'arrêt du 29 juin 1999 de la chambre criminelle de la cour de cassation (D. 1999, I.R., 218, Dalloz Affaires 1999, 1357, obs. C.R.), au motif que toute utilisation publique d'une marque de cigarettes, quelle qu'en soit la finalité, constitue une publicité illicite en faveur du tabac.

³ P. Coulombel, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse Nancy, 1950, p. 214.

⁴ L. Michoud, La théorie de la personne morale et son application au droit français, tome 2, 3^{ème} éd., par L. Trotabas, Paris, L.G.D.J., 1932, n° 232, note 2.

⁵ En ce sens, J. Ferstenbert, Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques, thèse

109. Le fondement du principe de spécialité n'est pas commandé par le débat sur la nature de la personne morale (réalité ou fiction)¹. La preuve en est que quelle que soit la conception adoptée sur la nature de la personne morale (réalité ou fiction), la doctrine² conclut à l'existence de ce principe.

Ce qui n'empêche pas que la spécialité s'explique par la notion de personnalité morale. Les personnes morales ne peuvent, en effet, être assimilées en tous points aux personnes physiques. L'activité des personnes morales est spécialisée à la différence de celle des personnes physiques. Par conséquent, « il faut traiter différemment ce qui est différent : si l'homme doit pouvoir développer librement en tous sens son activité, il pourrait être dangereux de raisonner ainsi pour les personnes morales en vertu d'une assimilation abusive »³.

110. Le principe de spécialité comporte deux aspects. Dans un premier sens, il apparaît comme une directive « d'affectation des droits » qui proscriit aux personnes morales de « détourner, vers des buts différents, les droits qui leur ont été reconnus pour des fins déterminées »⁴. Dans une seconde acception, il désigne un principe de limitation des buts qui prohibe « l'acquisition de nouveaux droits ou moyens, ayant pour effet d'ajouter des buts à ceux qui ont été primitivement assignés à la personne publique »⁵ ou l'adjonction d'une activité nouvelle n'entrant pas dans les fins de la personne morale. A ce stade de la

Paris, 1976, tome 2, p. 914.

¹ Il a pu être soutenu que le principe de spécialité était issu du système de la fiction. Les fictions étant de droit étroit, la personne morale n'existerait plus en dehors de sa spécialité et les actes accomplis en violation de ce principe seraient nuls. Pour Michoud (op. cit., tome 2, n° 257, p. 195), la thèse de l'inexistence de la personne morale en dehors de l'accomplissement de sa mission devrait aboutir, en toute logique, à ce que les actes accomplis en violation du principe de spécialité puissent être sanctionnés à tout moment en application de l'imprescriptibilité de l'inexistence. Ainsi, lorsque la personne morale accomplit un acte en dehors des fonctions qui lui ont été attribuées, elle est censée de ne pas exister. Elle est plus qu'un incapable, elle est inexistante et ce vice radical contamine tout acte accompli. En poussant plus loin l'analyse, la thèse de l'inexistence élude la nécessité d'agir en justice.

² En ce sens, H. Ripert, *Le principe de spécialité chez les personnes morales de droit administratif et son application en matière de dons et de legs*, p. 9 et s. ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au Droit*, 4^{ème} éd., Litec, 1996, n° 1150 et s. ; J.P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif*, Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 149, 1977, préface de J.P. Sortais, n° 11.

³ P. Coulombel, thèse préc., p. 217. Comp. pour la capacité, P. Durand, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Le Droit français au milieu du XX^{ème} siècle*, Etudes offertes à G. Ripert, tome 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 138 et s. Selon cet auteur, « pour les êtres physiques, la capacité est la traduction d'un principe politique, selon lequel toutes les personnes humaines sont égales et libres » (loc. cit., p. 146).

⁴ J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 934 ; dans le même sens, L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 246.

⁵ J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 934.

présente étude, il faudra entendre ce principe dans ce premier sens. Il s'agit en effet d'envisager la possibilité pour les personnes morales d'affecter leur patrimoine à un but d'intérêt général.

111. Entendu dans ce sens, le principe de spécialité concerne *toutes* les personnes morales de droit privé et pas seulement celles soumises à la tutelle administrative pour l'accomplissement de certains actes (établissements d'utilité publique)¹. Comme on l'a relevé, « à une forme donnée correspond en droit français un objet déterminé, une spécialité »².

112. Le Droit positif applique le principe de spécialité en sanctionnant les actes accomplis en violation de celui-ci. Il en est d'abord ainsi lorsque des sanctions spécifiques sont prévues par la loi à l'encontre de certaines catégories de personnes morales. Ces sanctions peuvent aller de la simple amende infligée aux administrateurs à la dissolution pure et simple de la personne morale. Les dirigeants syndicaux sont par exemple passibles d'amendes s'ils contreviennent à l'objet des syndicats (article L.481-1 al.1 du Code du Travail). La dissolution du syndicat pourrait, en outre, être prononcée pour la même raison (même article). Le législateur punit également d'amendes les infractions des associations cultuelles à leur objet c'est-à-dire à l'exercice exclusif d'un culte (article 23 de la loi du 9 décembre 1905).

Même en l'absence de dispositions expresses, la violation de la règle de spécialité est sanctionnée. Ainsi, la jurisprudence n'hésite pas à requalifier le groupement qui sort de manière habituelle de sa spécialité, car « un groupement ne peut vivre sous une forme donnée en faisant systématiquement des actes qui sont la spécialité afférente à une autre forme »³, et à annuler les actes qui débordent de la spécialité de la personne morale⁴.

Néanmoins, lorsqu'il vise les personnes morales de droit public ou de droit privé soumises à tutelle administrative pour l'accomplissement de certains actes, le principe de

¹ En ce sens, P. Coulombel, thèse préc., p. 217.

² Ibid., p. 219.

³ P. Coulombel, thèse préc., p. 219 et la jurisprudence citée par l'auteur note 1 page 219.

⁴ En ce sens, P. Coulombel, thèse préc., p. 219 et 220 et ses références à la jurisprudence sur les actes commerciaux accomplis par les syndicats ; dans le même sens, Y. Guyon, Droit des Affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés, 10^{ème} éd., Economica, 1998, n° 188. Pour des exemples récents, cf. Aix en provence, 13 nov. 1997, D. 1998, somm., 123, obs. C. Atias (les décisions du syndicat principal de copropriétaire qui empièteraient sur les pouvoirs du syndicat secondaire sont nulles) ; Paris, 25 oct. 1994, D. 1995, I.R., 8 (un syndicat ne peut pas valablement se porter caution du remboursement d'un prêt contracté par une société commerciale).

spécialité est souvent analysé en « un simple principe de bonne administration » qu'il appartient exclusivement à l'autorité administrative de faire respecter selon des considérations de pure opportunité. En réalité, lorsqu'ils attribuent au principe de spécialité sa qualité de principe de bonne administration, les auteurs¹ ne font pas référence à la directive « d'affectation des droits » mais à celle de limitation des buts.

113. Le principe de la nullité des actes accomplis par une personne morale en dehors de sa spécialité étant acquis, le fondement de celle-ci reste à élucider. Est-elle le résultat d'une incapacité de jouissance ou d'exercice ou dans une autre variante, de l'illicéité de la cause des obligations ? Cette dernière opinion a été soutenue par Bègue². L'acte fait par une personne morale en dehors de sa spécialité « serait nul pour vice de but et, pratiquement, l'action en nullité aurait pour fondement, soit les articles 1108, 1131 et suivants du Code Civil sur la cause, soit l'article 1172 sur la condition, dans leur application aux actes à titre onéreux et à titre gratuit lorsque, d'après la jurisprudence, l'article 900 du même Code doit être écarté »³.

Nous sommes davantage enclin à penser que le principe de spécialité, en interdisant tout acte violant le but de la personne morale, crée une incapacité véritable⁴. S'il n'y a pas identité, il existe une corrélation certaine entre les deux notions de capacité et de spécialité⁵. En effet, si la spécialité n'exclut pas, à elle-seule, la titularité de certains droits en raison de leur nature, elle peut, dans la mesure où elle restreint le champ d'activité de la personne morale, entraîner la nullité des actes contraires à la poursuite de son but. De plus, cette incapacité touche à la titularité de droits et non à leur exercice et ne peut donc réaliser qu'une incapacité de jouissance.

114. La spécialité créant une incapacité, il est nécessaire de s'interroger sur les restrictions à la qualité de fondateur qu'elle génère. Dans cette recherche, il faut partir de l'idée que si sa spécialité légale le lui permet, la personne morale devrait être reconnue apte à accomplir l'acte de fonder. Si en effet la poursuite d'une activité entre dans leur

¹ J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, op. cit., n° 354 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 584 ; H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1368.

² F. Bègue, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse Grenoble, 1908, p. 108.

³ F. Bègue, thèse préc., p. 111.

⁴ Sans doute l'article 902 du Code civil proclame-t-il que « toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables » mais ce texte a été écrit pour les personnes physiques et non pour les personnes morales.

⁵ Contra, F. Bègue, thèse préc., p. 85.

champ d'activité légale, les personnes morales doivent pouvoir disposer des moyens juridiques d'accomplir cette activité sauf texte législatif exprès¹.

Pourtant, ce raisonnement n'a pas été reçu sans difficultés par la doctrine. Les partisans de la théorie de la fiction ont dénié aux personnes morales la capacité de disposer à titre gratuit en l'absence de textes exprès. L'objection n'est pas sérieuse, car la théorie de la fiction devrait, au contraire, postuler l'extension aux personnes morales des droits patrimoniaux reconnus aux personnes physiques. En effet, « la fiction, si fiction il y a, n'interdit d'assimiler les personnes morales aux personnes physiques que sur les points où cette assimilation est incompatible avec leur nature et où la loi ne vient pas apporter elle-même une restriction »².

Un argument plus sérieux tenant à l'absence d'*animus donandi* des personnes morales a également été soulevé. Il a ainsi été argué qu'en tant qu'abstractions, les « personnes morales sont des monstres, insusceptibles de volonté et de sentiments »³. Là aussi, l'argument n'emporte pas la conviction pour deux raisons. D'une part, la gratification d'autrui peut être inhérente au but de la personne morale ce qui est le cas des personnes morales à but désintéressé. D'autre part, les personnes morales exerçant une activité économique ont une image de marque à développer et à défendre qui justifie l'accomplissement d'actes à titre gratuit.

Ces précisions laissent entrevoir l'importance du principe de spécialité. Il n'est cependant pas dans notre propos d'entamer un long et fastidieux exposé du contenu de la spécialité de chaque personne morale⁴. Nous nous contenterons de dresser un rapide panorama de l'application du principe de spécialité aux principales catégories de personnes morales (A). A cet endroit, deux remarques liminaires doivent être faites. Seront exclues pour l'instant du champ de la recherche les personnes morales de droit public. Il nous semble, en effet, que les personnes publiques sont plus enclines à créer des fondations dotées de la personnalité morale qu'à s'adresser à un organisme préexistant.

¹ En ce sens, F. Linditch, Recherche sur la personne morale en droit administratif, L.G.D.J., coll. « bibliothèque droit public », tome 176, 1997, préface J.A. Mazères, p. 202 ; J. Pellerin, La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé, R.T.D. Com. 1981, p. 471 et s. et spéc., n° 86.

² F. Grua, La gratuité en droit commercial, thèse Paris I, 1978, p. 97. Dans le même sens, L. Michoud, op. cit, tome 2, n° 232.

³ G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, p. 74, n° 32 cité par F. Grua, thèse préc., p. 102.

⁴ Pour le contenu de la spécialité des personnes morales de droit public, cf. Reynaud et Lagrange, notes de jurisprudence du Conseil d'Etat, Melun, 1899, p. 252 et s.

C'est donc à l'occasion de l'étude de l'affectation de biens par création d'une personne morale nouvelle que la spécialité des personnes morales de droit public sera abordée.

Par ailleurs, la règle de la spécialité ne se limite pas à la finalité légale des personnes morales. A la spécialité légale peut venir s'ajouter une autre limitation, la spécialité statutaire (B).

A- Le principe de spécialité légale et la personne des fondateurs.

115. Pour la clarté de l'exposé, il est nécessaire de distinguer selon le but de l'activité exercée par la personne morale¹. Certaines personnes morales ont une vocation économique (b)². Elles sont constituées dans l'intérêt de leurs membres et regroupent les sociétés, les coopératives, les groupements d'intérêt économique mais également les mutuelles. Il est vrai que ces dernières n'exercent pas, à proprement parler, une activité économique (sauf à considérer le terme d'activité économique dans un sens large qui engloberait le secteur de l'économie sociale) mais à l'instar des sociétés, elles se livrent à une activité devant profiter à leurs membres.

116. D'autres groupements oeuvrent hors du champ économique (a). Ils ont généralement un objet désintéressé et poursuivent des fins altruistes. Ce sont les fondations, associations³ ou congrégations. Dans cette catégorie, doivent également être rangés les syndicats qui n'exercent aucune activité économique et agissent dans l'intérêt d'une profession et pas uniquement dans celui de leurs membres.

¹ Pour une ébauche de classification fondée sur le but lucratif ou altruiste des personnes morales, cf. Y. Guyon, op. cit., n° 117. Cf. également la distinction fondée sur le caractère onéreux ou non du groupement proposée par J. Pellerin (loc. cit., n° 40 et s.) : un groupement serait à titre onéreux s'il a des relations à titre onéreux avec les tiers et si le sacrifice des membres trouve sa contrepartie dans cette relation. Cette analyse tient compte des rapports que les membres de la personne morale entretiennent avec l'environnement social par le biais de la personne morale.

² La vocation non économique de ces personnes morales ne s'oppose pas à ce que celles-ci puissent exercer une activité économique pour accomplir leur but. Sur la question, cf. infra, n° 736 et s.

³ Il est vrai qu'il existe des associations ayant une activité qui profite à leurs membres. Ces groupements peuvent, en effet, permettre à leurs membres de réaliser une économie. Ainsi, les membres d'une association sportive entendent satisfaire leur loisir à des conditions plus favorables que dans le cadre d'une entreprise commerciale (Y. Guyon, op. cit., n° 116). Il est également des associations constituées exclusivement dans le but de servir les intérêts de leurs membres (comme les ligues de défense). Dans ce cas, ce ne sont pas des groupements constitués en vue de faire profiter leurs membres d'une économie.

a- La spécialité légale et les personnes morales à but non économique.

117. L'aptitude à fonder des personnes morales à but désintéressé (associations, fondations, congrégations) ne pose guère de difficulté puisque leur but non lucratif leur permet d'accomplir, sous réserve de respecter la nature des activités en vue desquelles elles ont été créées, des actes à titre gratuit. Aussi, est-il traditionnel de reconnaître aux congrégations la capacité de fonder des établissements charitables afin de poursuivre une activité dont la congrégation ne peut assurer le fonctionnement¹. Il devrait en être de même des syndicats. Ceux-ci, traditionnellement voués à la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles d'une profession, ont vu leurs attributions étendues à la défense des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts (article L.411-1 du Code du Travail). A ce titre, ils peuvent développer des activités sociales et ainsi créer des habitations à loyers modérés, acquérir des terrains en vue de les transformer en jardins ouvriers ou de les affecter à l'éducation physique et à l'hygiène (article L.411-13) ou organiser des œuvres professionnelles (article L.411-14). C'est là ouvrir un champ d'activités sociales très large. D'autant plus large que la rédaction de l'article L.411-1 du Code du Travail semble indiquer que le bénéfice des œuvres sociales peut profiter non seulement aux adhérents du syndicat mais à tous ceux qui sont désignés dans les statuts.

Ainsi, la spécialité légale ne porte pas atteinte à la liberté de fonder des personnes morales à but non économique. En est-il de même pour les personnes morales à vocation économique ?

b- La spécialité légale et les personnes morales à vocation économique.

118. La question de la capacité de fonder des personnes à vocation économique est pour plusieurs raisons des plus épineuses.

119. Il peut se faire d'abord que l'aptitude à fonder de la personne morale soit rendue incertaine par la loi qui la régit. Il en est ainsi des mutuelles² qui, si elles peuvent créer

¹ En ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 332. Dans le même ordre d'idées, une fondation reconnue d'utilité publique a été créée par une congrégation (D. du 25 septembre 1980, J.O 7 octobre 1980 reconnaissant d'utilité publique la « fondation du Bon sauveur »).

² Rappelons que les mutuelles sont définies par l'article L.111-1 du Code de la Mutualité comme des groupements à but non lucratif, qui, essentiellement au moyen de cotisations de leurs membres, se proposent de mener, dans l'intérêt de ceux-ci ou de leur famille, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide en

pour la réalisation de leurs objectifs, des établissements ou services à caractère sanitaire, médico-social, social ou culturel, doivent en assurer la gestion. C'est ce qui ressort de l'article L.411-2 du Code de la Mutualité qui dispose que les établissements ainsi créés n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de la mutuelle fondatrice¹. Cette disposition semble accréditer l'idée que la création de fondations par transmission de biens à une personne morale chargée d'en assurer la gestion n'est pas possible.

120. Plus généralement, on a invoqué la règle de la spécialité pour poser un principe d'incompatibilité entre les personnes morales à but lucratif et la conclusion d'actes à titre gratuit². A vrai dire, c'est surtout à propos des sociétés³ que cette opinion a été émise. Ainsi, selon les tenants de cette opinion, puisque les sociétés ne sont constituées qu'en vue du partage de bénéfices ou d'économies, elles ne peuvent pas effectuer des actes à titre gratuit, la notion de gratuité étant incompatible avec la finalité lucrative des sociétés⁴.

121. La question de la capacité de disposer à titre gratuit des entreprises n'est pas sans intérêt pratique. Excepté les sanctions civiles, l'acte gratuit peut relever de l'incrimination pénale d'abus de biens sociaux⁵ s'il est constaté un profit personnel des dirigeants. A cela s'ajoutent des sanctions fiscales. L'acte à titre gratuit est en effet susceptible de se voir englober dans la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion. En droit fiscal, l'acte anormal

vue d'assurer notamment : 1° La prévention des risques sociaux liés à la personne et la réparation de leurs conséquences.

2° L'encouragement de la maternité et de la protection de l'enfance, de la famille, des personnes âgées ou handicapées.

3° Le développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et l'amélioration de leurs conditions de vie.

¹ Il ne faut pas en déduire que les mutuelles ne peuvent pas créer d'établissements dotés de la personnalité morale mais il semble qu'elles ne puissent le faire qu'en s'associant avec des collectivités publiques ou des personnes morales de droit privé à but non lucratif (article L. 411-4 du Code de la Mutualité).

² Nous avons vu que, dans certains cas, l'acte de fondation appartenait à la catégorie des actes à titre onéreux. Dès lors, on pourrait nous objecter que la spécialité légale n'est plus dans ce cas un obstacle à la liberté de fonder. Une telle conclusion est un peu hâtive, car si l'acte de fondation est onéreux à l'égard du destinataire, il réalise une libéralité indirecte envers les personnes bénéficiaires de l'activité de la fondation. La question de la capacité de disposer à titre gratuit se pose alors dans les mêmes termes.

³ Sur la spécialité des sociétés, cf. D. Randoux, La spécialisation des sociétés, Etudes Weill, Dalloz, 1983, p. 471 et s.

⁴ Pour certains auteurs, le terme de spécialité est impropre à désigner cette limitation qui ne vise que la « finalité légale » de ce type de personne morale (J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 904).

⁵ L'abus de biens sociaux est constitué lorsque les dirigeants « de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celui-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement » (article 425 L. 24 juillet 1966 pour les S.A.R.L et article 437 L. 24 juillet 1966 pour les sociétés anonymes).

de gestion est un acte « qui est accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette entreprise qu'un intérêt minime, hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer »¹ et qui expose l'entreprise à un redressement fiscal de ses résultats.

122. En prévoyant que les entreprises (sociétés, mutuelles, coopératives) peuvent créer des fondations d'entreprise (article 19 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée), le législateur a semblé mettre un terme définitif à la discussion. On est en effet tenté d'en conclure que désormais il est permis aux entreprises de fonder et par conséquent, de disposer à titre gratuit. Mais peut-on réellement accorder une telle portée à ce texte ? Tout juste la gratuité de l'acte créateur d'une fondation d'entreprise peut-elle être induite des dispositions législatives à caractère fiscal soumettant les dépenses engagées par l'entreprise fondatrice pour la création de la fondation d'entreprise au régime de déduction des dépenses de mécénat c'est-à-dire au régime de déduction des dons.

123. Quelle que soit la portée qui puisse être attribuée à ces dispositions, la capacité de disposer à titre gratuit, et par conséquent la capacité de fonder de l'entreprise, n'est, selon nous, pas douteuse.

Certains actes, quoique juridiquement gratuits, ne sont, en effet, pas dénués d'intérêt pour l'entreprise, celle-ci espérant obtenir des retombées financières à plus ou moins long terme. L'exemple type est celui du commerçant qui distribue des menus cadeaux à sa clientèle afin de mieux la fidéliser, pratique d'ailleurs légalisée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il faut voir dans la gratuité de ces actes le résultat de l'appréhension purement juridique de la gratuité, qui, en détachant l'acte du contexte économique dans lequel il s'insère, est impuissante à rendre compte de sa véritable nature d'acte à titre onéreux².

L'acte de fondation est du même ordre, car il témoigne de la recherche d'un profit. Malgré l'absence dans l'acte de fondation de contrepartie juridique caractéristique de l'onérosité et le caractère indirect et éventuel de la contrepartie économique, la recherche du profit de l'entrepreneur suffit à justifier l'acte.

Par conséquent, en agissant de la sorte, l'entreprise accomplit indirectement son objet. En ce sens, l'acte de fondation est conforme à *l'intérêt social*. De même que l'intérêt social

¹ O. Fouquet, cité par C. Louit, Jurisclasseur fiscal, impôts directs, traité n° 3, fascicule 226-2, 1994, n° 12.

² En ce sens, C. Goyet, loc. cit., n° 5 et s.

justifie les aides bénévoles entre sociétés et les gratifications consenties par la société aux associés et dirigeants¹, il devrait permettre de légitimer l'acte de fondation. Admettre l'impossibilité pour les personnes morales à but lucratif de disposer à titre gratuit méconnaît une réalité nouvelle des relations d'affaires qui veut que les entreprises, « à défaut de chair et d'os, possèdent ce qu'on appelle une image de marque »². En ce sens, *l'acte à titre gratuit est nécessaire à la réalisation de la politique commerciale de l'entreprise*.

124. Enfin, la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion est exclue puisque l'acte de fondation sans création d'une personne morale nouvelle est fiscalement considéré comme une dépense de parrainage c'est-à-dire comme une dépense engagée dans l'intérêt direct de l'exploitation³.

125. Jusque-là, on a supposé que l'entreprise a agi dans un but de promotion commerciale. Que penser alors de la fondation dont l'unique objet est de développer des activités sociales en faveur des salariés de l'entreprise ? Dans ce cas, l'opération de mécénat se déroule dans le cadre strictement interne de l'entreprise concernée. Si, en plus, aucune publicité n'est organisée pour faire connaître l'activité de cette fondation, l'entreprise ne sort-elle pas de sa spécialité ? L'objection n'est pourtant pas définitive, car elle réduit l'entreprise à n'être qu'une entité économique, méconnaissant de ce fait son caractère social⁴. De plus, l'article L. 432-8 du Code du travail prévoit la gestion directe (ou au moins le contrôle de la gestion) par les comités d'entreprise des activités sociales ou culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles. Du principe posé par le législateur de gestion directe des activités sociales ou culturelles par le comité d'entreprise, on a déduit l'impossibilité pour l'entreprise de créer des institutions personnalisées (fondations ou associations) à l'effet de gérer les activités sociales et culturelles. Car « la gestion directe des œuvres est la forme normale d'action du comité

¹ En ce sens, F. Grua, thèse préc., p. 84 et s.

² F. Grua, thèse préc., p. 103 et 104. Dans le même sens, Y. Guyon, op. cit., n° 56 et n° 344.

³ Cf. supra, n° 102. D'ailleurs, quand bien même l'acte de fondation serait considéré comme une dépense de mécénat, qui se caractérise par l'intérêt minime qu'elle présente pour l'entreprise, il ne constituerait pas un acte anormal de gestion puisque le législateur organise la déduction fiscale des dépenses de mécénat.

⁴ En ce sens, P. Coulombel, thèse préc., p. 221.

d'entreprise, et on ne peut admettre que l'entreprise y fasse échec par la création d'institutions personnalisées »¹.

Ainsi, il semble qu'a été établi un monopole de gestion des activités sociales ou culturelles par les comités d'entreprise. L'entreprise ne peut donc pas charger un tiers de la mission de gérer une œuvre sociale au profit de ses salariés². Si, ce faisant, le législateur a limité la liberté de choix des entrepreneurs quant à l'organisme de gestion des œuvres sociales, il a en même temps implicitement consacré le pouvoir des entreprises de disposer à titre gratuit dans l'intérêt de leur personnel en créant des œuvres sociales.

Il n'a été question jusqu'ici que de la spécialité légale des personnes morales de droit privé. Or, les personnes privées à la différence des personnes morales de droit public fixent *elles-mêmes* dans leurs statuts les buts de leur groupement, dans la limite de leur spécialité légale.

B- Le principe de spécialité statutaire et la personne des fondateurs.

126. La personne morale ne peut entreprendre des actions étrangères à celles spécifiées dans ses statuts. Cette incapacité doit être distinguée des restrictions statutaires aux pouvoirs des organes de direction des personnes morales. Alors que la spécialité statutaire interdit à la personne morale d'effectuer des actes qui dépassent l'activité énoncée dans ses statuts, les clauses statutaires, elles, prohibent l'accomplissement par les organes dirigeants de certaines catégories d'actes³.

127. A priori, il n'y a aucune raison que la violation du principe de spécialité statutaire ne soit pas sanctionnée aussi strictement que celle du principe de spécialité légale⁴. Si tel est le cas, il semble y avoir là une limite véritable à la liberté de fonder. En réalité, « cette limitation est plus apparente que réelle »⁵. Elle l'est d'abord parce que les statuts sont

¹ A. Rouast, Les comités d'entreprises et les œuvres douées de la personne morale, Droit social, 1952, p. 236 et s. et spéc., n° 6, p. 237. Dans le même sens, J.P Marguénaud, loc. cit., n° 4089.

² Ainsi, lorsque les œuvres sociales ou culturelles sont personnalisées, le comité d'entreprise doit participer à la gestion de celles-ci (article R. 432-3 du Code du travail). Sur les modalités de participation, cf. article R. 432-5 du Code du travail.

³ Cf. P. Coulombel, thèse préc., p. 326.

⁴ Contra, P. Coulombel, thèse préc., p. 327, qui distingue selon la nature de la personne morale. S'il s'agit d'une association, le principe devrait, pour cet auteur, être strictement appliqué, car à l'inverse des sociétés, « aucune considération relative à la sécurité des affaires n'entre ici en jeu ».

⁵ Y. Guyon, op. cit., n° 189.

souvent rédigés de manière très souple. L'obstacle ne peut être ensuite que temporaire en raison de la faculté qu'ont les personnes morales de modifier leur objet statutaire sous réserve de respecter les formalités légales exigées à cet effet.

En définitive, le principe de spécialité ne semble pas constituer un obstacle à la liberté de fonder des personnes morales. On le retrouvera dans l'étude tendant à déterminer les qualités requises en la personne des destinataires de l'acte de fondation.

II- Les conditions tenant à la personne des destinataires de l'acte.

128. L'efficacité de l'acte de fondation suppose que l'accipiens puisse assumer la charge de fondation pendant une durée indéfinie (A) et qu'il dispose de la capacité de recevoir à titre gratuit afin d'être valablement institué (B).

A- La condition de pérennité.

129. Il ressort de la définition de la fondation que la pérennité en est un élément constitutif. Si pérennité ne signifie pas perpétuité, elle implique, pour le moins, que l'affectation soit réalisée pendant une durée indéfinie. La pérennité de l'affectation semble exclure les personnes physiques. En effet, si l'obligation d'affectation pérenne mise à la charge d'une personne physique est valable (a), elle ne peut survivre au décès de l'accipiens, personne physique (b).

a- La validité de l'obligation d'affectation pérenne mise à la charge de l'accipiens.

130. L'obligation d'affectation s'impose à l'accipiens pendant toute la durée de sa vie. Adressé à une personne physique par acte entre vifs, l'acte de fondation est constitutif d'un contrat à titre onéreux et, à ce titre, semble être menacé d'invalidation par la règle prohibant les engagements perpétuels. Cette prohibition énoncée par divers textes spéciaux (article 1709, 1780 al.1 et 1838 du Code civil) est étendue par la jurisprudence à tous les contrats successifs perpétuels. Cette règle, qui a principalement pour objectif de sauvegarder la liberté individuelle, est sanctionnée, en principe, par la nullité de l'engagement et non par la limitation de sa durée¹. L'engagement contractuel de l'accipiens

¹ En ce sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, op. cit., n° 286.

paraît donc être menacé de nullité¹. On peut, toutefois, penser que l'obligation d'affectation perpétuelle pourrait être validée en raison de l'intérêt général qui la sous-tend. La validité de l'obligation d'affectation perpétuelle pourrait ainsi apparaître comme une exception justifiée par l'intérêt général.

Même si l'on admet la validité de l'obligation d'affectation perpétuelle, la fondation n'est pas, pour autant, assurée de perdurer. La fondation doit, en effet, survivre à la mort de l'accipiens.

b- La survie de l'obligation d'affectation au décès de l'accipiens.

131. Le fondateur, craignant que l'affectation ne survive au décès de l'accipiens, peut d'abord désigner une personne physique appelée à recueillir les biens au décès de celui-ci moyennant l'obligation pour elle d'exécuter la charge. Ce mécanisme paraît au premier abord réaliser une substitution fidéicommissaire lorsque l'accipiens est le bénéficiaire d'une libéralité².

Tous les ingrédients de la substitution prohibée semblent, en effet, réunis³, la double transmission des biens, l'obligation de rendre et de conserver les biens au décès du gratifié et l'ordre successif c'est-à-dire le trait de temps entre les deux transmissions.

Toutefois, en l'absence de désignation d'une seconde personne appelée à administrer la fondation à la mort du gratifié, la transmission est exclusive de toute substitution prohibée, car elle est la résultante des règles de dévolution successorale⁴. Mais dans ce cas, l'application des règles de la dévolution successorale permet-elle à la charge de fondation de survivre à son auteur ? En d'autres termes, l'obligation de fonder survit-elle à la mort de l'accipiens ?

¹ Aussi, dans les contrats successifs à durée indéterminée une faculté de résiliation unilatérale est-elle prévue. Toutefois, cette faculté ne pourrait être constituée par la possibilité concédée aux légataires de demander la reconnaissance d'utilité publique de l'établissement dont ils assurent la gestion, car l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique n'a rien d'automatique. Elle relève exclusivement du pouvoir d'appréciation de gouvernement. Ce n'est pas une faculté qu'il appartient à l'accipiens de faire advenir.

² Ce qui est le cas de la fondation réalisée par acte à cause de mort ou par acte entre vifs lorsque l'accipiens est une personne morale agissant dans le cadre de sa spécialité (cf. supra, n° 78 et s. et n° 55 et s.).

³ En ce sens, E. Coquet, thèse préc., p. 200 ; P. Ravier du Magny, thèse préc., p. 64.

⁴ V. Req., 5 janv. 1887, S. 1887, 1, 481. V. également, J.F Barbière, thèse préc., p. 312, qui fait valoir en outre que l'acte de fondation ne comporte pas toujours une obligation de conserver et de rendre. Ainsi les fondations charitables n'emportent selon lui que l'obligation de transmettre au successeur ce qui reste du patrimoine affecté, déduction faite de ce qui a déjà été utilisé pour satisfaire l'œuvre d'intérêt général.

Si la transmissibilité des obligations conventionnelles énoncée par l'article 1122 du Code civil est le principe, elle supporte des exceptions justifiées par l'intuitus personae¹ ou le respect de la liberté individuelle². Or, la désignation de l'accipiens, personne physique, est primordiale dans l'esprit du fondateur. Le choix du fondateur ne s'est porté sur cette personne qu'à raison de la confiance qu'elle lui inspirait, ou de ses compétences particulières.

Par ailleurs, l'intransmissibilité mortis causa de l'obligation d'affectation peut se fonder sur le respect nécessaire de la liberté individuelle de l'accipiens. En effet, l'obligation imposée à l'accipiens consiste dans une obligation de faire, à savoir l'obligation d'administrer la fondation. Portant sur l'activité du débiteur, la transmission aux héritiers de l'obligation d'affectation constituerait une « atteinte intolérable »³ à la liberté individuelle⁴. La manifestation de volonté par laquelle le fondateur déciderait de la transmission aux héritiers de cette obligation devrait, pour cette raison, être illicite. Dans cette conditions, on peut penser que les biens en nature, objet de l'affectation, ne pourront être conservés par l'accipiens et feront retour dans le patrimoine du fondateur. En pareille hypothèse, l'acte de fondation serait en effet frappé de caducité.

¹ En ce sens, J. Flour et H. Souleau, *Droit civil, Les successions*, 3^{ème} édition, par H. Souleau, coll. U, Armand Colin, 1991, n° 245 ; F. Vallée, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938, n° 99, pour qui tous les contrats conclus intuitus personae sont dissous par la mort de la personne ; M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse dactylo, Paris, 1974, p. 252 et s., qui n'admet l'intransmissibilité que pour les contrats comportant un intuitus personae positif c'est-à-dire correspondant à la présence de certaines qualités dans la personne du contractant. Dans cette hypothèse seulement, il y a pour cet auteur « réification de la personne » en ce sens que la personne est incorporée au contrat ; L. Aynès, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, thèse, 1981, *Economica*, n° 464, qui distingue l'intuitus personae « dans l'objet du contrat » qui porte sur la personne physique du contractant ou dont l'obligation principale est « causée » par la personne d'un des contractants et l'intuitus personae « à l'extérieur de l'objet du contrat » qui existe lorsqu'il n'est fait choix de la personne du débiteur que par la garantie ou la qualité d'exécution qu'on attend d'elle et qui autorise la transmissibilité de l'obligation.

² M^{me} Béhar-Touchais (*Le décès du contractant*, thèse Paris II, éd. *Economica*, 1988, n° 123 et s.) propose pour délimiter la notion le critère de l'attache à la personne : ce faisant, elle distingue les contrats portant sur la personne humaine du débiteur et dont l'objet est l'action même du débiteur c'est-à-dire les contrats contenant des « obligations personnalisées de faire » pour lesquels l'intuitus personae n'est pas nécessaire (thèse préc., n° 127 et s.) et les contrats intransmissibles par la volonté des parties laquelle « incorpore la personne dans l'objet du contrat » (thèse préc., n° 142 et s.). Dans le même sens, M. Grimaldi, op. cit., n° 66.

³ L'expression est de M. Grimaldi (op. cit., n° 66).

⁴ Il est vrai que la validité de la charge de fondation imposée à des personnes physiques a été reconnue par la jurisprudence : cf. Req., 5 janv. 1887, S. 1887, 1, 481 ; Req., 8 avr. 1874, D.P. 1876, 1, 225 ; Req., 12 mai 1902, D.P. 1902, 1, 425, conclusions Baudouin, S. 1905, 1, 137, note H. Lévy-Ullmann. On remarquera néanmoins que dans ces arrêts, il était en général précisé que le légataire devrait, à plus ou moins long terme, solliciter la reconnaissance légale de l'établissement qu'il devait constituer. De plus, la question n'a jamais été posée en ces termes aux juridictions.

132. Bien que le principe ne gouverne que les obligations légales et conventionnelles, la solution devrait être étendue à la charge d'affectation incluse dans un legs.

133. Il ressort des développements précédents que la fondation ne peut résister au décès de l'accipiens¹. Seules les personnes morales paraissent donc être en mesure d'être les destinataires de l'acte de fondation. Mais même parmi elles, une sélection s'impose. Pour la même raison que celle qui a fondé l'éviction des personnes physiques, les personnes morales à durée de vie limitée doivent être exclues.

Cette exclusion concerne essentiellement les personnes morales exerçant une activité économique. Ainsi, les sociétés (civiles ou commerciales ou coopératives) dont la durée ne peut excéder 99 ans doivent être évincées². De même, la durée déterminée du groupement d'intérêt économique (article 1 de l'ordonnance du 23 septembre 1967 modifié par la loi du 13 juin 1989) le rend inapte à assurer la réalisation d'une fondation.

Il en résulte que les personnes morales à but non lucratif (du fait de leur pérennité) paraissent les mieux à même de remplir cette mission. Toutefois, elles n'ont pas toutes la même aptitude à être les destinataires de l'acte de fondation. Les règles de validité édifient un filtre supplémentaire.

B- Les conditions de validité.

134. L'exigence de pérennité conduit pratiquement à limiter l'étude aux personnes morales de droit public ou de droit privé à but non économique. Parmi les personnes morales de droit privé, répondent à cette condition de pérennité les syndicats³, les associations (y compris les associations cultuelles⁴) et les congrégations.

¹ Contra, E. Coquet, thèse préc., p. 198, n° 163 ; P. Ravier du Magny, thèse préc., p. 64 et s.

² Sans doute la prorogation des sociétés pourrait-elle être décidée mais cette prorogation n'est pas automatique ; elle est subordonnée à la consultation des associés un an avant l'arrivée du terme (article 1844-6 du Code civil).

³ La durée indéterminée des syndicats peut être induite de l'article L. 411-9 du Code du travail. Cet article envisage comme cause de dissolution du syndicat la dissolution statutaire. Cela renvoie à l'hypothèse où le contrat a envisagé un terme. Dès lors en l'absence de pareilles stipulations statutaires, le syndicat peut fonctionner pour une durée indéterminée.

⁴ On a pu en douter au motif que les activités de nature religieuse ne pourraient présenter un caractère d'intérêt général et que les associations cultuelles doivent mener une activité exclusivement cultuelle et pourvoir exclusivement aux frais d'entretien et à l'exercice public de culte (pour une illustration, cf. Conseil d'Etat, 6 juin 1986, G.P. 1986, 2, somm., 463). Cette position a pu se fonder sur un avis du Conseil d'Etat en date du 25 mai 1971 (in M. Pomey, Traité des fondations d'utilité publique, P.U.F., 1980, p. 412) selon lequel un objet de caractère purement religieux ne peut être reconnu d'utilité publique. Il semble que cette position ne puisse plus être soutenue puisque le législateur a mis en place un dispositif de déduction de

La personne morale pourra être valablement instituée si elle poursuit une activité conforme à la destination des biens affectés (a) et possède la capacité de recevoir à titre gratuit (b). L'observation des règles de capacité à titre gratuit n'est évidemment pas requise lorsque l'acte de fondation s'analyse en un acte à titre onéreux. Cependant, il sera démontré que cette éventualité devrait rarement se présenter¹. Soucieuse de donner effet aux libéralités à charge de fondation, la jurisprudence a assoupli les règles de capacité (c).

a- Le principe de spécialité.

135. Le principe de spécialité prohibe l'acquisition de biens affectés à un but autre que celui poursuivi par le destinataire. C'est un principe dont le champ d'application (α) et la sanction de son inobservation (β) sont discutés.

α - Le champ d'application du principe.

136. La soumission de l'Etat comme des collectivités locales au principe de spécialité est généralement rejetée.

La spécialité des collectivités locales est contestée en raison de la généralité de leurs compétences² ou de l'indétermination de leurs buts. Cependant, aucun des arguments en ce sens n'est convaincant, le premier identifiant le concept de spécialité à celui de spécialisation³ c'est-à-dire au cantonnement de l'activité de la personne morale à un seul et unique but, le second reposant sur une interprétation contestable de certaines dispositions législatives⁴.

En réalité, la détermination du contenu de la spécialité des collectivités territoriales postule une analyse interne des fins poursuivies. Elle ne réside pas dans la « limitation des compétences »⁵ par des facteurs extérieurs. En effet, « dire qu'une collectivité territoriale est limitée dans sa compétence par l'activité des particuliers, par l'action des autres

l'impôt sur les revenus les dons faits aux établissements religieux. C'est par là-même reconnaître le caractère d'intérêt général des libéralités grevées de charges pieuses ou cultuelles.

¹ Cf. infra, n° 144.

² V. M. Planiol, note sous Civ., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217.

³ En ce sens, J. Ferstenbert, thèse préc., tome 1, p. 381.

⁴ Il s'agit de l'article 61 de la loi municipale du 5 avril 1884 et de l'article 46 n° 28 de la loi départementale du 10 août 1871, selon lesquels « le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » et le conseil général statue définitivement et .. « généralement sur tous les objets d'intérêt départemental ». Pour la démonstration de cette position, voir la thèse de J. Ferstenbert, tome 1, p. 408 à 413.

⁵ Pour le développement de cette question, v. J. Ferstenbert, thèse préc., tome 1, p. 413.

collectivités et par les pouvoirs reconnus aux établissements publics qui en sont détachés, ce n'est rien d'autre que poser des limitations dont les principes sont étrangers à cette personne publique »¹.

L'admission de la soumission de l'Etat au principe de spécialité est rendue encore plus difficile en raison de la souveraineté de l'Etat². En fait, la spécialité de l'Etat est discutée pour deux raisons d'inégale importance³. La moins importante consiste à refuser à l'Etat la personnalité morale ou à nier l'unité de la personne morale étatique. Nul aujourd'hui ne songe encore à soutenir cet argument. L'idée de souveraineté, en tant qu'elle paraît impliquer l'universalité des compétences étatiques, crée un obstacle plus sérieux à la reconnaissance de la spécialité de l'Etat. Comme l'a démontré M. Ferstenbert, l'objection n'est pourtant pas définitive. Tout en reconnaissant la difficulté de définir les fins étatiques tant elles sont « nombreuses, hétérogènes, changeantes »⁴, cet auteur n'en admet pas moins l'existence d'une limitation finaliste des compétences de l'Etat qui doit être trouvée dans les intérêts généraux spécifiques à la personne publique étatique et non dans des facteurs extérieurs à l'Etat⁵.

De même que le domaine d'application, la sanction de l'inobservation de la règle de la spécialité est controversée.

β- La sanction de l'inobservation du principe de spécialité.

137. C'est dans cette acception de limitation des buts que l'on a dénié au principe de spécialité toute force contraignante. Il y aurait là « une simple question d'opportunité et de bon ordre administratif »⁶ à laquelle seule une loi interdisant expressément à une catégorie de personnes morales de remplir certains buts ou investissant exclusivement certaines personnes morales de la réalisation d'un objet pourrait faire exception⁷. C'est le cas, par exemple, de la loi du 30 octobre 1886 qui défend aux communes d'entretenir ou de subventionner des écoles ayant un caractère confessionnel.

¹ Ibid., p. 416. Contra, C. Debbasch, Répertoire civil, v° Fondation, 1992, n° 42.

² V. M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 878.

³ V. J. Ferstenbert, thèse préc., tome 1, p. 441.

⁴ Ibid., p. 464.

⁵ Ibid., p. 456 à 458. Contra, v. par ex, L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 247 ; H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1425.

⁶ L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 246, p. 159.

⁷ En ce sens, L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 246, p. 160 ; H. Ripert, thèse préc., p. 41 et 42.

138. L'analyse du principe de spécialité en une règle de bonne administration¹ est induite de la fausse croyance qui veut que chaque personne morale de droit public se voit assigner une seule et unique mission². De cette conviction on déduit le bien-fondé de l'application du principe de spécialité aux personnes morales de droit public en raison de l'efficacité de la gestion administrative que le respect de ce principe réalise et son inutilité pour les personnes morales de droit privé pour lesquelles la liberté d'entreprendre et la libre concurrence doivent être préservées³. En réalité, la spécialité exprime seulement les « buts déterminés, assignés à une personne publique »⁴ et n'implique nullement unicité et exclusivité de buts.

139. L'absence de force contraignante du principe de spécialité a été récemment remise en cause par M. Ferstenbert⁵. Dans sa thèse consacrée à la notion de spécialité des personnes publiques, cet auteur démontre que cette conception ne reflète pas la réalité du droit positif. Il en veut pour preuve les décisions qui sanctionnent dans d'autres domaines que celui des dons et legs le principe de spécialité⁶.

140. Mais c'est dans cette matière des libéralités avec charges, la seule qui s'agissant de fondation nous intéresse, que la sanction est la plus incertaine et cela, en raison de l'absence de netteté de la jurisprudence judiciaire. La question a été posée aux juridictions judiciaires à l'occasion de la contestation de la libéralité par les héritiers. Ces derniers contestaient la validité de la libéralité au motif que celle-ci n'entraîne pas dans les

¹ Cf. par ex., M. Planiol, note sous Civ., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217 ; H. Ripert, thèse préc., p. 30 ; J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 355, p. 233 ; P. Malaurie et L. Aynès, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 337 ; L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 246, p. 161.

² L'idée de division de travail avait été soutenue, à tort, par de brillants privatistes tels M. Planiol (note au D. 1895, 1, 217 ou A. Geouffre de Lapradelle (Théorie et pratique des fondations perpétuelles, thèse Paris, 1894, p. 165). La règle de la spécialité apparaît alors comme « un principe d'harmonie et de simplicité » (H. Ripert, thèse préc., p. 33).

³ Contra, H. Ripert, thèse préc., p. 38, qui justifie l'application de la règle de spécialité aux établissements d'utilité publique par la suspicion que suscitent les établissements privés. Dans le même sens, cf. M. Planiol, note au Dalloz 1895 préc. spéc., p. 219.

⁴ J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 931.

⁵ Mais l'auteur ne conclut pas, pour autant, à l'analyse du principe de spécialité en une règle de droit civil. Selon lui, en effet, l'alternative entre simple pratique administrative et règle de capacité est fautive et s'explique par le défaut théorique consistant à étudier la nature juridique du principe de spécialité à la lumière de la nature de la personne morale. Après avoir exposé les instruments conceptuels du droit, il refuse de faire de la spécialité un principe juridique en raison notamment de l'hétérogénéité des directives attachées à l'idée de spécialité et préfère y voir une notion juridique.

⁶ J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 650 et s.

attributions de l'établissement légataire. A l'appui de leur prétention, ils ont fait valoir, soit l'incapacité de la personne morale, soit, plus rarement, l'illicéité de la charge¹.

141. Or, il s'avère que la jurisprudence civile est d'interprétation délicate ; les décisions des juridictions du fond sont divergentes² et la position de la Cour Suprême manque de netteté. Les arrêts de la cour de cassation sont, en effet, peu nombreux, anciens et d'interprétation difficile. Si la Cour suprême a paru se satisfaire des refus des juges d'appel d'annuler une libéralité affectée de la charge de fonder une école faite à un consistoire protestant³ ou à une mense épiscopale⁴ en relevant l'absence de disposition qui limite la capacité de recevoir de ces établissements (ce qui semble corroborer l'idée de l'absence de force contraignante de la règle), elle a, à l'inverse, approuvé l'annulation par la Cour d'appel d'un legs fait à un bureau de bienfaisance dans le but de créer deux lits pour des indigents appartenant à trois communes⁵ et décidé à propos d'un legs affecté à la création d'un hospice que le bureau de bienfaisance ne pouvait « *d'après la loi de son institution* » remplir la mission d'entretenir un hospice⁶. Plus récemment peut être cité l'arrêt du 11 mars 1941⁷ qui décide que le legs fait en faveur des ressortissants de l'Institut des Aveugles de guerre des Alpes Maritimes n'entre pas dans la spécialité de l'Office national des Mutilés.

Ces décisions ne permettent pas de deviner la position de la Cour de cassation sur la valeur obligatoire du principe de spécialité. De fait, on a souvent reproché à la Cour suprême de ne pas se prononcer avec suffisamment de clarté sur le principe de spécialité⁸.

¹ En fait, les héritiers espèrent, par le biais de l'illicéité de la charge, obtenir l'annulation de la libéralité sur le fondement de la cause illicite. En effet, la charge illicite, si elle est la cause impulsive et déterminante de la libéralité, entraîne la nullité de la libéralité dans son entier.

² En faveur de l'absence de sanction du principe de spécialité : T. civ. Bourges, 9 mars 1874, S. 1874, 2, 139 ; T. civ. Dunkerque, 28 mars 1878, S. 1878, 2, 337 ; Toulouse, 9 août 1894, S. 1895, 2, 77, D.P. 1897, 1, 130.

Consacrant le principe de spécialité comme règle de droit : Toulouse, 4 nov. 1890, S. 1891, 2, 151 ; Paris, 23 janv. 1891, S. 1891, 2, 206, D.P. 1891, 2, 342 ; T. civ. Seine, 16 juill. 1896, D.P. 1898, 2, 138 ; Riom, 11 déc. 1919, D.P. 1925, 1, 206 ; Bordeaux, 21 nov. 1951, D. 1952, J, 76.

³ Req., 18 mai 1852, S. 1852, 1, 524.

⁴ Civ., 31 janv. 1893, D. 1893, 1, 513, note C. Khoeler, S. 1893, 1, 345. Dans le même sens, pour la validité d'un legs fait à un hospice à charge de fonder une école, v. Civ., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217, note M. Planiol, S. 1896, 1, 129, note E. Meynial.

⁵ Civ., 9 mai 1922, D.P. 1925, 1, 206.

⁶ Cass. civ., 6 août 1895, S. 1899, 1, 327.

⁷ Cass. civ., 11 mars 1941, G.P. 1941, 1, 493, R.T.D.C. 1940-41, 629, obs. R. Savatier, D.A. 1941, J, 146.

⁸ V. H. Ripert, thèse préc, p. 24 ; P. Benoist, thèse préc., p. 63 à propos de l'arrêt de 1852.

L'arrêt du 31 janvier 1893 illustre à merveille l'ambiguïté que laisse planer la Haute juridiction. Dans cette espèce, la chambre civile casse l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en ces termes : « Attendu que la Cour d'appel a décidé que la condition susdite était illicite pour le seul motif que son objet serait en dehors des attributions de la mense et excéderait sa capacité ; que par voie de conséquence elle a déclaré que le legs était nul ; qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a faussement appliqué, et par suite, violé, l'article 900 sus-visé ». Bien qu'elle ait été invoquée par les partisans du caractère non contraignant de la règle de la spécialité, la décision pourrait être interprétée en sens inverse. Il se peut, en effet, que la Cour de cassation ait cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble parce qu'elle a estimé que cette dernière avait effectué une mauvaise appréciation de l'étendue des attributions de la mense.

Peut-être, également, la Cour suprême a-t-elle simplement entendu signifier aux juges du fond que l'article 900, qui répute non écrites les conditions illicites, ne vise pas le principe de spécialité¹.

En tout cas, lorsque la juridiction suprême a paru sanctionner l'inobservation du principe de spécialité, elle l'a fait en se fondant sur l'incapacité de l'établissement légataire et non sur l'illicéité de l'affectation².

142. La jurisprudence administrative ne comporte, elle, aucune ambiguïté. Elle accorde sans conteste à la règle de spécialité une force contraignante. Aussi, la juridiction administrative suprême sanctionne-t-elle par la nullité les décisions d'acceptation des libéralités par les collectivités locales³ ou les décrets autorisant l'acceptation d'une libéralité violant la spécialité des établissements⁴.

143. L'attitude ambiguë de la Cour de Cassation est d'autant plus regrettable que rien ne la légitime. L'annulation des actes des personnes morales violant la spécialité se justifie pleinement. A quoi bon, en effet, limiter l'activité de personnes morales si aucune sanction n'est prévue ?

¹ En ce sens, J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 661. Le recours à l'article 900 du Code civil est un moyen, selon H. Ripert (thèse préc., p. 24 et s.), de tourner la difficulté. Cet auteur va même jusqu'à conclure qu'en employant l'article 900 du Code civil, les tribunaux judiciaires condamnent le principe de spécialité en tant que règle de capacité.

² Contra, F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 584, note 3.

³ Cf. par exemple, Conseil d'Etat, 10 août 1917, Commune de Vivone, Lebon, 634.

⁴ En ce sens, J. Ferstenbert, thèse préc., tome 2, p. 667 et s. et les références apportées ; cf. par ex., Conseil d'Etat, 4 mars 1938, Consorts Le Clerc, Lebon, 229, S. 1939, 3, 29.

Il est vrai, cependant, que l'analyse de la règle de spécialité en une règle de droit peut entraîner la double compétence des tribunaux administratifs et judiciaires dans la mesure où les premiers peuvent être amenés à examiner, à l'occasion des actes d'acceptation ou d'autorisation des libéralités, la spécialité de l'établissement institué et où les seconds, interrogés sur la validité de la libéralité, peuvent avoir à se prononcer, au titre de la capacité de l'établissement institué, sur la spécialité de ce même établissement. La dualité de juridiction risque de ce fait d'engendrer des divergences d'appréciation dans la détermination du contenu de la spécialité des personnes morales.

Le danger est réel et nous concerne au premier chef, car la matière des fondations non autonomes intéresse essentiellement les personnes morales assujetties à la tutelle étatique. Il faut cependant amoindrir la portée de cet inconvénient, car nous aurons l'occasion de nous apercevoir que tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation ont adopté une attitude compréhensive à l'égard des fondations¹.

144. En tout cas, si règle de droit il y avait, le principe de spécialité créerait une incapacité d'application générale en ce sens qu'il sanctionnerait par la nullité tout acte qui le viole et ce quelle que soit la nature de l'acte (*acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux*)². De là on voit que lorsque la charge de fondation n'entre pas dans les attributions de la personne morale attributaire (auquel cas l'acte de fondation doit s'analyser en un acte à titre onéreux), l'acte de fondation est menacé de nullité si l'on fait du principe de spécialité une règle de droit. *En pratique cependant*, nous verrons que la réalisation d'une fondation par une personne morale agissant hors du cadre de sa spécialité a peu de chance de se réaliser grâce au contrôle préventif de l'autorité administrative, contrôle exercé à l'occasion de l'autorisation administrative d'accepter³.

Il s'ensuit que l'acte de fondation constituera souvent une libéralité. Il est donc nécessaire d'envisager les incapacités spéciales de recevoir à titre gratuit qui peuvent frapper les personnes morales pressenties pour héberger les fondations.

¹ Cf. infra, n° 167 et s .

² En ce sens, F. Bègue, thèse préc., p. 132.

³ On pourrait objecter que dans la mesure où la charge n'est pas conforme aux attributions de l'établissement, l'acte de fondation ne constitue pas une libéralité mais un acte à titre onéreux (à condition évidemment qu'il soit réalisé par acte entre vifs) (cf. supra, n° 68 et s.) et que, par conséquent, l'autorisation administrative d'accepter n'a pas à être demandée. Mais, une telle vision des choses est un peu théorique. En effet, dès lors que l'acte de fondation présente *l'apparence formelle* d'une donation (c'est-à-dire qu'il est fait par acte notarié), on peut penser que l'établissement sous tutelle présentera une demande d'autorisation administrative de l'acte.

b- Exposé des règles de capacité de recevoir à titre gratuit.

145. Toutes les personnes morales sont privées du droit de recevoir un usufruit (même à titre gratuit) pour une durée de plus de trente ans (article 619 du Code civil). Si l'on excepte, par ailleurs, les syndicats qui peuvent recevoir librement les libéralités (article L.411-12 du Code du travail), il est possible de distinguer entre les personnes morales frappées d'une incapacité définitive et celles dont l'incapacité n'est que temporaire, car subordonnée à une autorisation administrative préalable.

α- La capacité de recevoir à titre gratuit des associations simplement déclarées et des congrégations non reconnues.

146. La loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association avait, par crainte de l'accumulation des biens de mainmorte et des empiétements des personnes privées sur le pouvoir de l'Etat, interdit aux associations simplement déclarées de recevoir des libéralités. L'association devait se contenter des apports et des cotisations de ses adhérents. De plus, pour éviter que, sous couvert de cotisations, l'interdiction de recevoir des libéralités ne soit contournée, le législateur interdit le rachat des cotisations pour une somme supérieure à 100 F (article 6-1^o, loi du 1 juillet 1901) et frappe les actes accomplis en infraction à cette disposition de nullité absolue (article 17, loi du 1^{er} juillet 1901).

147. L'histoire a montré combien ces craintes étaient non seulement infondées mais encore nuisibles au développement de groupements qui ont largement démontré leur utilité. Aussi, l'incapacité de recevoir à titre gratuit des associations fut-elle largement assouplie.

Dans un premier temps, le législateur a relevé de leur incapacité les associations qui exercent une activité particulièrement bénéfique à la collectivité. Ainsi, l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 issu de la loi du 23 juillet 1987 autorise les associations déclarées ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale à recevoir des libéralités entre vifs ou à cause de mort, sauf à ce qu'elles obtiennent une autorisation administrative. Cette nouvelle disposition étend aux associations déclarées se consacrant à la recherche scientifique ou médicale la faveur accordée par la loi du 14 janvier 1933¹ aux associations ayant pour but exclusif l'assistance ou la bienfaisance.

¹ Article 35 de la loi du 14 janvier 1933 relative à la surveillance des établissements de bienfaisance privés.

Dans un second temps, le législateur a permis à toutes les associations de recevoir des dons manuels ainsi que des dons des établissements d'utilité publique (nouvel article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 issu de la loi du 23 juillet 1987).

148. Malgré ces assouplissements législatifs, l'aptitude des associations simplement déclarées à exécuter la charge de fondation nous paraît douteuse.

Elle l'est d'abord, parce que les dons manuels autorisés par la loi semblent se limiter à des dons de montant modique¹. En effet, le législateur a voulu entériner une pratique administrative bienveillante qui permettait aux associations de recevoir des versements de peu d'importance².

Enfin et surtout, les associations simplement déclarées n'ont pas la capacité de recevoir à titre gratuit à cause de mort³. Il en résulte que la charge de fondation contenue dans un legs à une association simplement déclarée est frappée d'une nullité d'ordre public.

Cependant, lorsque l'association déclarée a sollicité la reconnaissance d'utilité publique au jour du décès du testateur, la pratique administrative a imaginé de donner effet à la libéralité en faisant rétroagir la reconnaissance d'utilité publique au jour de l'ouverture de la succession. Aussi, en pratique, le décret déclarant d'utilité publique l'association, autorise-t-il, dans le même temps, l'acceptation du legs fait à l'association simplement déclarée au jour du décès du testateur⁴. Malheureusement, les juridictions judiciaires ne l'entendent pas ainsi, qui, saisies par les héritiers, annulent le legs pour incapacité du légataire⁵. Aussi, l'autorité administrative n'autorise-t-elle la libéralité faite à une

¹ En ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, *Les Successions, les Libéralités*, op. cit., n° 330 ; A-S Mescheriakoff, M. Frangi, M. Kdhir, op. cit., n° 28, p. 65. Contra, 92^{ème} Congrès des notaires de France, rapport de M^{es} P. Potentier et X. Meyer, op. cit., p. 131, n° 240 où il est mis en avant que rien ne limite dans la loi le montant du don manuel.

² La nouvelle disposition a eu également pour effet de mettre en conformité la loi du 1^{er} juillet 1901 avec les articles 238 bis 1 et 238 bis A du C.G.I qui organisaient la déduction fiscale des versements à des organismes non reconnus d'utilité publique. Ainsi, dans des notes du 13 décembre 1954 et du 21 janvier 1963, l'Administration fiscale avait précisé que la déduction fiscale de l'article 238 bis du C.G.I avait lieu de s'appliquer aux dons adressés aux associations non reconnues d'utilité publique. Les articles 238 bis 1 et 238 bis A du C.G.I correspondent aux actuels articles 200 et 238 bis 1 du C.G.I.

³ Sauf évidemment les associations déclarées ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale.

⁴ Cf. par ex., les décrets du 16 août 1859 et du 4 avril 1860 de déclaration d'utilité publique, qui autorisent l'acceptation de legs faits à la société philanthropique de Verdun et à la Société d'agriculture d'Indre et Loire reproduits sous Civ., 12 avr. 1864, S. 1864, 1, 153, D.P. 1864, 1, 219 et sous Civ., 14 août 1866, S. 1867, 1, 61.

⁵ V. par ex., Civ., 7 déc. 1912, *International Arbitration and Peace Association*, S. 1914, 1, 305, note L. Hugueney, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 454, note H. Donnedieu de Vabres, D. 1912, 1, 433.

association déclarée que si cette dernière obtient l'accord des héritiers. La fondation créée par un acte à cause de mort n'a donc de chance de voir le jour que si l'accord des héritiers est acquis.

149. Une incapacité similaire à celle des associations frappe les congrégations non reconnues qui ne peuvent acquérir à titre gratuit, soit directement, soit par personne interposée¹ (article 17, loi du 1^{er} juillet 1901) et qui, pour cette raison, ne paraissent pas qualifiées pour exécuter la charge de fondation.

Si les personnes morales à « grande capacité » paraissent mieux indiquées pour réaliser l'affectation des biens, elles ne pourront le faire, pour la plupart, que moyennant une autorisation administrative².

β- La capacité de recevoir à titre gratuit des personnes morales de droit public ou de droit privé sous tutelle étatique.

150. Les associations reconnues d'utilité publique connaissent des limitations de capacité qui leur interdisent d'accepter des donations mobilières ou immobilières avec réserve d'usufruit au profit du donateur et les obligent à aliéner les immeubles compris dans une libéralité qui ne seraient pas nécessaires à leur fonctionnement (article 11, loi du 1^{er} juillet 1901). Ces restrictions ne paraissent pas pouvoir être étendues aux autres établissements d'utilité publique³.

151. Par ailleurs, les associations reconnues d'utilité publique ne peuvent acquérir à titre gratuit que si elles obtiennent, au préalable, une autorisation administrative⁴. Cette exigence est d'ailleurs commune aux établissements publics et à certaines personnes

¹ Car jusqu'à la reconnaissance légale, elles n'accèdent pas à la vie juridique.

² Le défaut d'autorisation administrative d'accepter est parfois analysé comme une cause de caducité et non de nullité du legs dans la mesure où cette cause d'inefficacité est postérieure à la confection du testament (M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 719). C'est là une application de l'opinion selon laquelle l'incapacité peut être une cause de nullité ou de caducité du testament selon qu'elle existe avant ou après la confection du testament (F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 406).

³ V. avis de la section de l'intérieur, n° 355 098, du 9 nov. 1993 publié dans le rapport public du Conseil d'Etat 1993, Documentation française, 1994, p. 350- 351, qui précise que l'alinéa 3 de l'article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations interdisant les libéralités grevées d'usufruit au profit du donateur n'est pas applicable aux fondations reconnues d'utilité publique. Le Conseil d'Etat recommande néanmoins à l'autorité administrative de n'autoriser une libéralité comportant une réserve d'usufruit que si cette libéralité ne fait pas supporter à la fondation pendant la durée de l'usufruit des charges excessives eu égard au bénéfice que celle-ci retirera à terme de la libéralité.

⁴ Sur la question, cf. M. Morin, La tutelle administrative sur les associations, Rép. Déf. 1971, art. 29803.

morales de droit privé (établissements d'utilité publique, congrégations, mutuelles)¹. Ces établissements doivent, en effet, avant d'accepter une libéralité², requérir de l'autorité administrative (dite autorité de tutelle) une autorisation.

Cette nécessité, qui trouve son fondement légal dans l'article 910 du Code civil³ et la loi du 4 février 1901, était déjà inscrite dans l'édit de 1789 et, plus anciennement, dans les lettres d'amortissements⁴. La règle de l'autorisation administrative d'accepter se justifiait à l'origine par le désir de protéger d'une part, la famille du disposant contre la générosité exagérée de leur auteur, et d'autre part, l'Etat en empêchant l'avènement de personnes privées puissantes susceptibles de concurrencer le pouvoir étatique. Le souci de protéger l'établissement gratifié contre le risque d'acceptation de libéralités trop onéreuses ou comportant une affectation étrangère à la spécialité de l'établissement est apparu plus tardivement.

152. A vrai dire, aucune de ces règles n'explique, à elle seule, la nécessité de l'autorisation administrative.

En effet, s'il s'était agi de protéger la famille du disposant de la pauvreté, l'autorisation administrative d'accepter aurait dû n'être exigée que pour les libéralités donnant lieu à des réclamations des familles. En outre, l'autorisation administrative doit être sollicitée par l'établissement gratifié quelle que soit la nature de la libéralité (libéralités pures et simples ou grevées de charge). Or, seules les libéralités grevées de charge⁵ (trop onéreuse ou étrangère à sa spécialité) peuvent se révéler dangereuses pour l'établissement bénéficiaire. Le désir de protection de l'établissement gratifié ne peut donc pas à lui seul expliquer la règle. Enfin, si la crainte de voir se constituer des corps intermédiaires constituait le fondement de la règle, seules les personnes de droit privé devraient être assujetties à tutelle des libéralités. En réalité, l'assujettissement des établissements publics à

¹ Les syndicats, personnes morales de droit privé, peuvent recevoir à titre gratuit sans autorisation (article L. 411-12 du Code du travail).

² Il faut d'emblée exclure de cette étude des libéralités soumises à autorisation administrative les libéralités modiques, car l'acte de fondation ne peut, en aucun cas, relever de cette dispense ; de par sa vocation à perdurer, le montant des biens affectés ne peut être qu'important.

³ Il faut également signaler les dispositions de lois particulières qui exigent cette autorisation : l'article L. 124-4 du Code de la Mutualité pour les mutuelles, l'article 22 de la loi du 30 juin 1975 modifié pour les établissements publics d'hospitalisation étendu aux établissements publics communaux de santé par l'article L. 2242-5 du Code des collectivités territoriales.

⁴ V. P. Benoist, thèse préc., p. 14.

⁵ Sauf peut-être si la libéralité pure et simple est un legs universel ou à titre universel.

autorisation trouve sa raison d'être dans la recherche d'une bonne gestion des services publics. En effet, l'efficacité de la gestion administrative implique que chaque établissement ne s'écarte pas de la mission qui lui a été assignée (principe de spécialité). Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, « les établissements publics n'ont été investis de la personnalité morale qu'en vue de la mission spéciale qui leur a été confiée par les lois et règlements »¹. Le respect du principe de spécialité doit donc conduire au refus d'autorisation des libéralités grevées d'une charge de fondation étrangère aux attributions de l'établissement gratifié². L'autorisation administrative apparaît ainsi comme une garantie du respect du principe de spécialité. Pour ce qui est des personnes morales de droit privé en revanche, l'autorisation administrative d'accepter trouve sa raison d'être autant dans l'idée de protection des personnes morales de droit privé que dans le souci de protéger la famille du disposant.

153. Comme pour le fondement, les opinions des auteurs divergent sur la nature juridique de l'autorisation administrative d'accepter. Pour les uns, elle est une règle de capacité (de jouissance ou d'exercice), pour les autres, elle est une condition légale suspensive, le droit de l'établissement gratifié étant « subordonné à la réalisation de l'autorisation qui est un événement futur et incertain, donc une condition »³.

L'analyse de l'autorisation administrative d'accepter en une incapacité de jouissance cadre mal avec les effets attachés à cette autorisation notamment avec son effet rétroactif et avec les possibilités antérieures d'acceptation provisoire. De plus, la place de l'article 910 du Code civil dans un chapitre intitulé « De la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit par donations entre vifs ou par testament » n'est pas convaincante, car contredite par les travaux préparatoires⁴. Enfin, la doctrine se prononce, en général, en faveur de la capacité d'acquérir à titre gratuit des personnes morales dès lors que celle-ci n'est restreinte par un texte exprès⁵ et dans la limite posée par le principe de spécialité.

¹ Cf. par ex., avis du 13 avr. 1881, legs Bonhoure, avis du 13 juill. 1881, legs Lauzero et Mettetal, in Bienvenu Martin, notes de jurisprudence, Melun, 1892, p. 141 et s. Voy. également sur l'évolution de l'application du principe de spécialité par le Conseil d'Etat la thèse de H. Ripert précitée, p. 51 et s.

² En ce sens, J. Ferstenbert, thèse préc., tome 1, p. 263 et 264 ; M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 878. Sur le fait que l'établissement institué demandera une autorisation administrative même si l'acte de fondation s'analyse juridiquement en un acte à titre onéreux, cf. supra, note 3, n° 144.

³ P. Benoist, thèse préc., p. 19.

⁴ En ce sens, P. Coulombel, thèse préc., p. 226 ; P. Benoist, thèse préc., p. 17, qui cite la déclaration de Bigot-Préameneu.

⁵ Cf. par ex., M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 870 ; L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 232.

154. L'autorisation administrative d'accepter ne constitue pas non plus une condition légale suspensive c'est-à-dire un événement futur et incertain à la survenance duquel est subordonnée l'existence d'une obligation. Il ne peut en être ainsi parce que l'obligation du donateur c'est-à-dire le transfert de propriété est subordonnée à l'acceptation du donataire avant même de dépendre de l'octroi de l'autorisation administrative d'accepter. Or, une condition est une modalité affectant un acte dont tous les éléments constitutifs sont réunis¹. Et, en l'espèce, l'accord de volontés ne s'est même pas encore produit. Dès lors, « pour que l'autorisation administrative d'accepter pût être considérée comme une condition, il aurait fallu qu'elle fût postérieure à l'acceptation »². C'est, en réalité, le *droit du donataire d'accepter* la libéralité qui est sous condition et non le droit de l'établissement gratifié aux biens, objet du transfert de propriété.

155. Il paraît donc plus logique, comme le fait la doctrine contemporaine³, d'analyser l'autorisation administrative d'accepter en une règle limitant la capacité d'exercice de recevoir à titre gratuit de certains groupements. Pour ce faire, on a parfois tiré argument de la similitude entre la tutelle de l'autorité administrative sur les libéralités et la tutelle des mineurs ou des incapables majeurs. A l'instar des incapables majeurs et mineurs, ce qui manque aux établissements assujettis à autorisation administrative, c'est la possibilité d'exercer un droit dont la jouissance leur est reconnue. Mais, à la différence de la tutelle des incapables, l'autorité de tutelle ne *représente* pas la personne morale. Dès lors, la décision d'acceptation de la libéralité n'émane pas de l'autorité de tutelle agissant au nom de la personne morale mais de l'établissement gratifié.

La tutelle des établissements se distingue, de plus, de la tutelle des incapables par la sanction qui frappe les actes accomplis en violation de cette incapacité. En effet, le défaut d'autorisation entraîne la nullité absolue de la libéralité⁴, qui est à ce titre insusceptible de

¹ En ce sens, F. Terré, Y. Lequette, P. Simler, Les obligations, op. cit., n° 1122 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil, Les obligations, Le contrat, 6^{ème} éd., Litec, 1998, n° 1263 ; O. Milhac, La notion de condition dans la vente, thèse Paris I, 1996, n° 239, 322, 327. Pour une illustration récente de la notion de condition au sens de l'article 1168 du Code civil, cf. Civ. 10 fév. 1998, Bull. civ. I, n° 50, D. 1998, I.R., 75, J.C.P. 1998, I, n° 2, 155, obs. G. Loiseau.

² H. Souleau, thèse préc., n° 31.

³ Cf. par ex., H. Souleau, thèse préc., n° 32 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 580 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1371 ; J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 351.

⁴ En ce sens, A. Colin et H. Capitant, tome 3, op. cit., n° 891. En fait, cette sanction suppose qu'il ait été passé outre au défaut d'autorisation ou qu'elle n'ait pas été demandée. Dans les autres cas de refus, la libéralité est caduque faute d'acceptation.

confirmation¹, que seule la prescription trentenaire pourrait couvrir² et qui peut être invoquée par tout intéressé.

Cette différence s'explique aisément si l'on considère les intérêts que l'autorisation administrative est censée protéger. L'incapacité d'exercice n'a pas seulement pour but de préserver les intérêts de l'établissement gratifié mais doit également sauvegarder l'intérêt général. En cela, elle se différencie des incapacités traditionnelles de protection. D'ailleurs, s'il en était autrement, la nullité relative serait une sanction sans efficacité aucune : on conçoit mal que la personne morale gratifiée se plaigne du défaut d'autorisation préalable³.

156. La rigueur de la sanction frappant les libéralités non autorisées appelle à la détermination des personnes morales qui y sont soumises.

Littéralement, l'article 910 du Code civil ne vise que les hospices et hôpitaux, ce qui semble exclure de son champ d'application les autres personnes morales de droit public. Cette anomalie trouve sa justification dans le fait que le terme établissement d'utilité publique désignait, à l'époque de la rédaction de l'article 910 du Code civil, toutes les personnes morales de droit public⁴.

La loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons et legs, le décret du 1^{er} février 1896 relatif à la procédure à suivre en matière de legs concernant les établissements publics ou reconnus d'utilité publique ainsi que le décret du 13 juin 1966 relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations complètent la disposition de l'article 910 du Code civil et font apparaître que l'autorisation administrative d'accepter est surtout requise pour les personnes morales de droit public.

L'Etat échappe toutefois à cette exigence. De même, les collectivités locales (régions, communes, départements) sont depuis les lois de décentralisation du 2 mars 1982 et du 22 juillet 1982 affranchies de la nécessité d'obtenir une autorisation administrative.

¹ V. Dijon, 10 nov. 1908, D. 1910, 2, 110.

² V. Req., 5 mai 1879, D. 1880, 1, 145, S. 1879, 1, 313. V. également, A. Colin et H. Capitant, tome 3, op. cit., n° 891. Il a pourtant été jugé que les actes souscrits en violation de l'incapacité d'acquérir à titre gratuit des établissements publics et des congrégations sont atteints d'une nullité fondée sur l'ordre public et, pour ce motif, incapables d'être effacés par la prescription trentenaire (T. civ. Gex, 23 fév. 1910, Gazette des tribunaux, 1910, 2, 120). Il faut toutefois signaler qu'une personne morale peut, par la prescription acquisitive, acquérir les immeubles faisant l'objet du legs (Cass. Req., 17 juin 1912, S. 1912, 1, 560).

³ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 32.

⁴ Apparemment, à l'origine, cet article du code civil prétendait régir toutes les personnes morales (M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 882).

L'acceptation des fondations relève, en conséquence, des organes délibérants de ces collectivités (article L. 2242-1 du Code des collectivités territoriales). Les établissements publics communaux (article L. 2242-3 du Code des collectivités territoriales) ou territoriaux peuvent accepter de la même façon c'est-à-dire sans autorisation les libéralités qui leur sont faites¹.

Contrairement aux personnes morales de droit public, l'assujettissement des personnes morales de droit privé à la nécessité d'obtention de l'autorisation administrative des libéralités est l'exception. Seuls les établissements d'utilité publique (associations, fondations), les organismes sociaux de prévoyance, les associations culturelles, les établissements congréganistes ou légalement reconnus et les établissements du culte dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin ou de la Moselle y sont soumis.

La liberté des établissements publics est néanmoins plus grande que celle des personnes privées soumises à tutelle. Ainsi, les libéralités pures et simples² faites aux établissements publics étatiques, à l'exception des hospices et hôpitaux, sont-elles soustraites à la nécessité de l'autorisation administrative lorsqu'elles ne donnent pas lieu à réclamation des familles (article L. 15 et L. 19, Code du domaine de l'Etat). Cette différence de traitement entre personnes publiques et personnes privées s'explique par le fait que la crainte des corps intermédiaires n'a pas lieu d'être pour les établissements publics qui sont des démembrements de l'Etat. Il est vrai, toutefois, que cette bienveillance ne saurait profiter aux fondations qui se présentent sous forme de libéralité avec charge.

157. Lorsque les libéralités sont soumises à autorisation, elles ne parviennent à leur destinataire qu'au terme d'une procédure longue et complexe. La procédure d'autorisation

¹ Les délibérations par lesquelles les collectivités locales acceptent les libéralités sont soumises au même contrôle administratif que les autres délibérations. Il faut également signaler que la procédure d'interpellation des héritiers, telle qu'elle a été codifiée aux articles R. 312-4 et suivants du Code des communes est applicable aux legs faits à la commune (à ce sujet, v. Rép. Min. A M. Morisset, J.O A.N., 5 juill. 1999, Débats, Q, p. 4162).

² Précisons que l'article 4 de la loi de 1901 vise littéralement les dons et legs faits sans « charges, conditions ni affectation immobilière » et que, selon le Conseil d'Etat, il y a affectation immobilière lorsqu'une clause de la libéralité oblige à conserver ou à acquérir un immeuble pour lui donner une destination déterminée. Une telle clause peut se trouver dans l'acte de fondation. Dans le même ordre d'idées, si le Conseil d'Etat exclut les charges d'hérédité de la nécessité de l'autorisation administrative, la définition qu'il en donne ne peut satisfaire l'acte de fondation. En effet, il y aurait selon le Conseil d'Etat charge d'hérédité lorsque le disposant n'a désigné expressément ou implicitement aucun établissement bénéficiaire ou lorsque la libéralité recueillie par un établissement soumis à autorisation est modique et destinée à être immédiatement employée (M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 887).

des libéralités est en effet réglementée par des dispositions éparses¹. Si le texte de l'article 910 du Code civil précise que l'autorisation est conférée par une ordonnance royale c'est-à-dire par un décret du Président de la République ou du Premier ministre, le préfet apparaît comme l'autorité principalement compétente. Ainsi, l'exigence d'un décret en Conseil d'Etat pour autoriser une libéralité d'un montant supérieur à cinq millions consentie à un établissement d'utilité publique (comme les fondations ou associations reconnues d'utilité publique), à une congrégation ou aux associations déclarées ayant pour but l'assistance, la bienfaisance ou la recherche médicale ou scientifique a été supprimée par le décret du 20 décembre 1994 modifiant le décret du 13 juin 1966. Quel que soit leur montant, les libéralités faites à ces établissements sont désormais autorisées par arrêté du Préfet du département où se trouve le siège de l'établissement.

158. Seule une réclamation des familles peut dorénavant motiver l'intervention de l'autorité administrative centrale (article L. 19 du Code du Domaine de l'Etat pour les libéralités faites à l'Etat ou aux établissements publics étatiques et article 7 de la loi du 4 février 1901 pour les établissements d'utilité publique, les congrégations et les associations « privilégiées »).

Lorsqu'il s'agit d'un legs, la consultation des familles, préalable à une éventuelle réclamation, est strictement réglementée par le décret du 1^{er} février 1896.

L'instruction de l'affaire est alors confiée au préfet du département du lieu d'ouverture de la succession. Celui-ci, informé par le notaire² dépositaire du testament de l'existence de dispositions testamentaires en faveur de personnes morales de droit public ou de droit privé sous tutelle ainsi que de l'existence des héritiers connus de lui, requiert du maire du lieu d'ouverture de la succession « de lui transmettre, dans le plus bref délai, un état contenant des indications relatives aux héritiers connus » (article 2, décret du 1^{er} février

¹ La procédure d'autorisation administrative des associations ayant pour objet l'assistance, la bienfaisance, la recherche médicale ou scientifique fait l'objet de dispositions particulières. Il en résulte notamment que le Préfet, avant d'accorder l'autorisation, doit diligenter une enquête administrative afin de s'assurer que l'association a pour but exclusif la bienfaisance, l'assistance ou la recherche médicale ou scientifique (article 3-4 du décret du 13 juin 1966). L'approbation des libéralités est également subordonnée à l'insertion dans les statuts de dispositions permettant à l'autorité administrative de contrôler l'association (article 4 du décret du 13 juin 1966). Enfin, lorsqu'une association donne au produit de la libéralité autorisée une affectation différente de celle pour laquelle elle a reçu l'autorisation, l'acte d'autorisation pourra être rapporté par décret en Conseil d'Etat (article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901).

² L'obligation d'information du préfet qui s'impose aux notaires a pour but de parer toute tentative de collusion frauduleuse entre l'établissement gratifié et les héritiers du disposant tendant à éluder le contrôle gouvernemental.

1896)¹. Ces héritiers sont invités par le Préfet à donner leur consentement à l'exécution du legs ou à produire leurs moyens de contestation dans un délai donné², et ce à peine de nullité³ (article 2, décret du 1^{er} février 1896). On ne peut qu'être frappé par la multiplicité des héritiers interpellés. Ainsi, aux héritiers légaux qui s'entendent des héritiers naturels, réservataires ou non, du conjoint survivant, des héritiers au degré successible ou à défaut d'héritiers naturels, des successeurs irréguliers viennent s'ajouter, selon la circulaire n° 635 du 9 décembre 1966, les légataires universels ou à titre universel ou éventuellement les légataires à titre particulier qui seraient chargés de l'exécution du legs. La circulaire précise en outre que cette interpellation doit être cumulative et non alternative c'est-à-dire que l'existence de personnes de la première catégorie (les héritiers légaux) ne dispense pas d'interpeller les héritiers de la seconde catégorie (les légataires). Il s'agit en fait pour l'autorité administrative sinon de s'assurer de l'adhésion des héritiers du moins de s'enquérir de leurs intentions.

Lorsque les héritiers prennent la décision de s'opposer, ils peuvent faire valoir les manoeuvres dont a fait l'objet le disposant ou leur état de besoin. S'il y a réclamation des familles, l'autorisation - qui éventuellement ne sera que partielle⁴ - doit être donnée par décret en Conseil d'Etat⁵.

A l'expiration du délai imparti aux héritiers pour réclamer, le dossier constitué par le Préfet est transmis à l'autorité compétente. Il contient la délibération du conseil d'administration de l'établissement gratifié⁶, un état de l'actif et du passif de

¹ En outre, le préfet doit avertir les héritiers inconnus au moyen d'un avis inséré au Journal Officiel et au Recueil des actes administratifs.

² Signalons toutefois que ce délai de trois mois était prévu par l'article 3 du décret du 1^{er} février 1896 et que cet article fut abrogé par le décret du 17 décembre 1980.

³ V. Conseil d'Etat, 22 déc. 1893, Chalot, D.P. 1894, 3, 81, S. 1895, 3, 110 ; Conseil d'Etat, 30 nov. 1994, D. 1995, I.R., 33. Selon cette dernière décision, l'omission de joindre au dossier d'autorisation l'opposition au testament faite par la nièce du testateur constitue une irrégularité substantielle de nature à entacher la légalité du décret.

⁴ Cf. infra, n° 163.

⁵ Le Conseil d'Etat, dans l'exercice de sa fonction contentieuse, a eu à préciser la notion de « réclamation des familles ». Il en est résulté que la réclamation des familles doit être formulée expressément et ne peut résulter du refus de signature du récépissé de notification des dispositions testamentaires instituant l'établissement public ou d'utilité publique et invitant les héritiers à donner leur consentement ou à produire leurs moyens d'opposition (Conseil d'Etat 2 mai 1902, Dame Richard, Lebon, 334). En revanche, l'impossibilité de consulter les ayants-droits de l'auteur de la libéralité est assimilée à une absence d'accord de leur part (avis du Conseil d'Etat du 25 fév. 1971 cité par M. Pomey, traité préc., p. 412).

⁶ La libéralité ne peut, en effet, être autorisée qu'à la condition que l'établissement légataire ait délibéré sur celle-ci : note du 25 janv. 1882, legs Phélypeaux, in Bienvenu Martin, op. cit., p. 157. L'autorité compétente pour autoriser la libéralité n'a pas la faculté d'obliger les établissements d'utilité publique, personnes privées,

l'établissement¹, l'expédition du testament² et le consentement ou l'opposition des héritiers et des légataires universels, voire seulement des certificats des notifications démontrant que ces derniers ont été mis en demeure de consentir. L'autorité compétente peut également requérir l'évaluation des biens légués ainsi que des renseignements sur la situation de fortune des opposants. Pour les donations, les formalités prévues sont moins minutieuses³ et en particulier, la famille du disposant n'est pas consultée.

159. En raison de sa longueur, la procédure d'acceptation des libéralités peut être source de graves inconvénients. La lenteur de la procédure peut, en effet, entraîner la caducité de la donation si le donateur décède ou retire son offre avant que l'autorisation administrative d'accepter ne soit accordée au gratifié. Par souci d'éviter une telle issue, divers systèmes ont été mis en place : le **premier**, spécifique aux dons manuels, consiste à les soustraire à l'autorisation administrative préalable. Longtemps, cela a signifié, non pas que les dons manuels échappaient à la nécessité de l'autorisation administrative d'accepter⁴, mais seulement que ces libéralités pouvaient être acceptées avant que

à accepter une libéralité contre leur gré. Un argument textuel peut d'ailleurs être invoqué en ce sens : il s'agit de l'article 1 du décret du 13 juin 1966 qui n'impose l'autorisation administrative que pour l'acceptation et non pour le refus de la libéralité. Les établissements publics semblent en revanche susceptibles de se voir contraints à accepter contre leur gré une libéralité.

¹ Avant que ne soit adoptée la loi du 4 juillet 1901, il avait été décidé que le refus d'un établissement de produire l'état de l'actif et du passif devait conduire à refuser d'autoriser la libéralité qui lui était faite : cf. projet de décret et avis du 19 juin 1884, legs Lasvignes à l'Institut des frères des écoles chrétiennes, in Bienvenu Martin, op. cit., 160 et 161. Le décret de 1896 confirme cette pratique administrative puisque dans son article 5 il impose aux établissements publics ou d'utilité publique de produire à l'appui de leur demande un état de l'actif et du passif ainsi que de leurs revenus et charges.

² L'article 5 du décret de 1896 précise que l'autorité compétente peut avant de statuer demander au notaire la production d'une copie intégrale du testament.

³ Cf. article R. 312-8, al. 2 du Code des Communes pour la commune ou les établissements publics communaux mais il ne s'agit pas, à proprement dit, de procédure d'autorisation mais de procédure d'acceptation. Selon l'ancienne brochure du ministère de l'intérieur, l'autorité administrative exige que le dossier de demande d'autorisation d'une libéralité comporte un certificat de vie du donateur, une notice sur la situation de famille et de fortune du donateur, sur l'existence d'héritiers réservataires ainsi que la précision que la donation ne portera pas atteinte à la réserve, la délibération du Conseil d'administration de la fondation se prononçant sur l'acceptation de la donation, l'estimation de la valeur de la donation lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs immeubles, les statuts et pièces financières de la fondation et une copie du décret de reconnaissance ou de l'insertion de la déclaration au journal officiel. Il est également à noter que cette enquête sur la situation de la famille du donateur est prescrite pour les associations déclarées « privilégiées » (c'est-à-dire les associations déclarées ayant pour objectif exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale) par l'article 3-2 du décret du 13 juin 1966.

⁴ Il avait été soutenu que les dons manuels échappaient à cette exigence au motif qu'ils étaient soustraits aux formes des donations entre vifs. Mais, comme on l'a fait justement remarquer, la nécessité d'obtention d'une autorisation administrative ne relève pas du formalisme des libéralités mais soulève une question de capacité (M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 886)

l'autorisation ne leur soit octroyée. Cette dérogation s'expliquait par la nature même des dons manuels : pour ceux-ci, l'acceptation solennelle n'est pas exigée, la remise de la chose valant acceptation. Il s'ensuivait que la nullité de la libéralité pour défaut d'autorisation préalable ne pouvait être demandée par le donateur ou ses héritiers¹, mais, saisis par ces derniers, les tribunaux devaient fixer un délai à l'établissement gratifié à l'écoulement duquel il ne pourrait plus solliciter l'autorisation². Il semble qu'à l'heure actuelle, la pratique administrative n'exige plus que l'acceptation des dons manuels fasse l'objet d'une autorisation administrative³.

Les fondations réalisées par libéralité avec charge sont-elles en mesure de bénéficier de cette faveur ? S'il a parfois été jugé qu'un don manuel ne pouvait être grevé d'aucune charge⁴, la jurisprudence reconnaît aujourd'hui la validité des pactes adjoints imposant une charge au donataire⁵. L'acte de fondation n'est toutefois pas dispensé d'autorisation administrative, dans la mesure où le Conseil d'Etat requiert une autorisation administrative pour les dons manuels assortis de charge⁶.

160. Le **second assouplissement** devrait, en revanche, profiter aux fondations. Il s'agit du procédé de l'acceptation provisoire généralisé par la loi du 4 février 1901. Cette loi autorise tous les établissements à accepter provisoirement ou à titre conservatoire les dons et legs qui leur sont faits. La faculté d'accepter provisoirement la libéralité bouleverse la logique de l'autorisation administrative. En effet, l'autorisation administrative conditionnant le droit d'accepter la libéralité, il serait logique qu'elle soit antérieure à l'acceptation⁷. Or, non seulement cette chronologie n'est pas respectée mais la physionomie de l'autorisation administrative en est modifiée puisqu'elle n'apparaît plus comme une condition du droit d'accepter mais comme une modalité conditionnelle

¹ V. Paris, 7 déc. 1852, S. 1853, 2, 54 ; Paris, 28 juin 1881, S. 1882, 2, 42.

² V. Civ., 18 mars 1867, D.P. 1867, 1, 169 ; T. civ. Amiens, 15 mars 1906, D. 1907, 2, 115.

³ Pour les associations déclarées, l'acceptation des dons manuels sans autorisation spéciale résulte de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifié par la loi du 23 juillet 1987.

⁴ V. Nancy 29 avr. 1893, D.P. 1894, 2, 335 ; T. civ. Amiens préc. Contra, Req., 26 juill. 1910, D.P. 1911, 1, 202.

⁵ Voy. par ex., Req., 17 mai 1855, D.P. 1855, 1, 247 ; Dijon, 22 janv. 1896, D.P. 1896, 2, 325 ; Civ. 1^{re}, 20 juin 1961, D. 1961, J., 641, note R. Savatier, J.C.P. 1961, II, 12352, note A. Ponsard.

⁶ Conseil d'Etat, section de l'Intérieur, avis n° 317369 du 25 mai 1976 cité par M. Pomey, traité préc., p. 415.

⁷ Cf. J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 353, qui qualifient la faculté d'acceptation provisoire de « règle illogique ».

affectant le transfert de propriété. Ce qui tend à montrer que cette faculté d'acceptation provisoire se trouve uniquement justifiée par les nécessités pratiques.

L'acceptation provisoire, qui est donnée par l'organe exécutif et doit être faite, s'il s'agit d'une donation, selon les solennités consacrées, permet en effet à l'établissement gratifié de faire tout acte conservatoire¹. Elle prévient ainsi tout risque de caducité de la donation due à la mort, à l'incapacité du donateur ou au retrait de l'offre par le donateur avant l'obtention de l'autorisation². Elle accorde à l'établissement gratifié le droit de défendre à la contestation élevée contre la validité de la libéralité³, d'intenter une action pour faire reconnaître l'existence de la libéralité ou de demander la nomination d'un administrateur provisoire de la succession⁴.

L'acceptation provisoire de la libéralité autorise en outre les établissements bénéficiaires légataires, à former une demande en délivrance à l'effet de bénéficier du droit aux fruits et revenus⁵. Mais c'est là le seul effet de l'acceptation provisoire : celle-ci ne saurait, en aucun cas, avoir pour résultat de permettre la tradition de la chose léguée. Par ailleurs, la saisine est refusée à l'établissement tant qu'il n'a pas obtenu l'autorisation définitive. Très logiquement, la Cour suprême en a déduit que, privé de saisine, l'établissement gratifié, légataire universel institué par testament olographe ou mystique, ne pouvait obtenir l'envoi en possession⁶.

¹ Cf. T. civ. Seine (ordonnance du Président), 12 déc. 1921, D.P. 1925, 2, 57, note H. Lalou. L'éminent auteur a soutenu que l'établissement peut faire tous les actes conservatoires même sans acceptation provisoire, ce conformément à l'article 1180 du Code civil. Cette opinion est discutable, car elle implique que l'établissement gratifié soit toujours titulaire d'un droit conditionnel avant l'acceptation provisoire. Or, lorsqu'il s'agit d'une donation, entre l'établissement gratifié et le donateur, aucun accord de volonté ne s'est produit avant l'acceptation provisoire. Cf. cependant, Paris, 18 nov. 1871, D.P. 1872, 2, 69.

² Cf. cependant, Paris (2^{ème} ch. B), 28 fév. 1991, Juris-data n° 020576, qui décide que l'acceptation d'une libéralité par le chancelier d'un établissement d'utilité publique ne faisait pas obstacle à la révocation de la donation par le donateur puisque l'acceptation n'avait été ni approuvée par l'assemblée générale de l'établissement ni autorisée par l'autorité de tutelle.

Mais l'acceptation d'une offre de donation est-elle réellement une mesure conservatoire ? Elle l'est dans la mesure où elle préserve un droit et n'a pas pour effet de faire produire au contrat ses effets. Comme nous le verrons, l'établissement gratifié en attente d'autorisation administrative ne dispose que d'un droit conditionnel.

³ Cf. Req., 5 mai 1856, D.P. 1856, 1, 35 ; Bordeaux, 29 mars 1887, D.P. 1888, 2, 261.

⁴ Cf. Paris, 18 nov. 1871, D.P. 1872, 2, 69.

⁵ Il a été jugé que le débiteur des legs peut être libéré de la charge des intérêts de la somme léguée en la consignait à la Caisse des dépôts et consignations (Civ., 5 mars 1900, D.P. 1900, 1, 409, note A. Colin).

⁶ Cf. Paris, 13 juin 1991, D. 1991, I.R., 204 ; T. civ. Seine, 12 déc. 1921, D.P. 1925, 2, 57, note H. Lalou. Contra Nancy, 28 avr. 1976, Rép. Déf. 1977, art. 31396, obs. H. Souleau, J.C.P. 1979, II, 19123, note A. Brimo, J.C.P. 1979, II, 19158 bis, note R. Seydoux ; Req., 12 déc. 1871, D. 1871, 1, 301 ; Riom, 6 mai 1850, D. 1852, 2, 131.

Dans la mesure où la saisine est refusée à l'établissement gratifié même s'il a accepté provisoirement la libéralité, des difficultés relatives à la gestion du patrimoine sont à craindre. En effet, lorsqu'il n'existe pas de successeurs saisis (ce qui se produira lorsque l'établissement gratifié est institué légataire universel et qu'il n'existe pas d'héritiers réservataires), « une sorte de vacuum juris »¹, d'autant plus préjudiciable que le délai pour obtenir l'autorisation administrative peut être très long, est à redouter. Pour parer à cet inconvénient, plusieurs solutions ont été proposées par la doctrine². La première consiste à confier l'administration provisoire de la succession à un tiers nommé en justice mais elle présente l'inconvénient d'engendrer des frais importants pour la succession. Plus simplement - et c'est la seconde solution -, il faudrait reconnaître à l'établissement gratifié le droit de procéder lui-même à l'administration provisoire de la succession³ dans la limite, bien sûr, des actes conservatoires et de gestion courante⁴, sauf à ce qu'il obtienne pour le reste une autorisation du juge.

Il nous semble qu'on peut trouver dans de très anciens arrêts de la Cour de cassation un remède plus simple à cette difficulté. Il a pu, en effet, être jugé que jusqu'à ce que

Pour une solution insolite, cf. Paris, 11 juin 1992, Juris data, n° 021853. La Cour d'appel de Paris considère l'établissement légataire, seul saisi en vertu de l'article 1006 du Code civil, comme étant dans la situation d'un « héritier ayant accepté sous bénéfice d'inventaire » et lui accorde en conséquence, l'autorisation de procéder à la vente d'objets susceptibles de déperir ou dispendieux à conserver.

Pour expliquer le refus d'envoi en possession de la personne morale en attente d'autorisation administrative, il fallait voir dans l'acte d'envoi en possession non un acte conservatoire mais un acte d'exécution. Pour ce faire, on a argué du fait que l'envoi en possession donne force exécutoire au testament mais le raisonnement n'était guère solide. Car d'une part, « la force exécutoire ne s'attache qu'aux décisions judiciaires qui condamnent un débiteur à faire quelque chose pour son créancier » (M. Planiol, cité par H. Lalou, note préc., p. 58). Et d'autre part, le rôle du Président statuant sur une demande d'envoi en possession va au-delà du simple constat de l'apparente régularité matérielle ; ce dernier doit « statuer cognita causa et examiner notamment si la disposition testamentaire produite constitue bien un legs universel, susceptible comme tel d'envoi en possession » (H. Lalou, note préc., p. 58). Comme on l'a relevé Lalou, si l'envoi en possession présente la nature d'un acte d'exécution, c'est tout simplement parce qu'on ne voit pas ce qu'il permet au légataire de conserver.

¹ L'expression est de P. Catala (Problèmes de droit civil durant la vie des fondations, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, annexe III, op. cit., p. 182).

² P. Catala, *ibid.*, p. 183 et s.

³ Le récent rapport du Conseil d'Etat (op. cit., p. 74) propose ainsi de prévoir un envoi en possession spécifique attribuant à l'établissement gratifié les pouvoirs d'un administrateur de biens de mineur sous contrôle judiciaire.

⁴ Cette dernière solution n'empêche pas que le gratifié fasse appel à des praticiens ; celui-ci aura d'ailleurs tout loisir de déterminer leur mission et d'y mettre fin (P. Catala, op. cit., p. 183). M. Catala (op. cit., p. 183) note également que les deux solutions (recours à un tiers nommé en justice ou administration par le gratifié) peuvent très bien se succéder dans le temps lorsque les difficultés successorales l'exigent.

l'établissement gratifié ait obtenu l'autorisation définitive, la saisine est dévolue aux héritiers ab intestat sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils sont ou non réservataires¹.

161. Quoi qu'il en soit, l'établissement gratifié ayant accepté provisoirement la libéralité n'a qu'un droit éventuel, conditionnel et suspendu² à l'autorisation administrative. Lorsque cette dernière est accordée, l'autorisation administrative rétroagit au jour de l'acceptation provisoire s'il s'agit d'une donation. S'il s'agit d'un legs, l'autorisation administrative prend effet à la date du décès du testateur. La personne morale est alors investie de la saisine dès le jour du décès du testateur³. De cela il découle que l'établissement légataire, réputé saisi au jour du décès du testateur, est redevable à cette date des droits de mutation par décès⁴. De plus, une fois intervenu, le décret d'autorisation ne peut être rapporté sur la demande de l'établissement, car « l'acceptation a créé tant au profit de l'établissement qu'au profit des donateurs, des droits auxquels l'autorité administrative ne peut porter atteinte »⁵.

162. Pour prendre sa décision d'autoriser ou non l'acceptation de la libéralité par l'établissement gratifié, l'autorité de tutelle dispose de larges pouvoirs. Dans l'exercice de son pouvoir d'autorisation, l'autorité administrative n'est, en effet, pas cantonnée à l'option entre l'autorisation pure et simple et le refus d'autorisation. Elle peut, en outre, n'autoriser que partiellement la libéralité⁶, assortir son autorisation de conditions ou imposer des conditions supplémentaires dans l'intérêt général.

¹ Cf. Civ., 7 fév. 1912, D.P. 1912, 1, 433. Il s'agit simplement là d'une application aux personnes morales en attente d'autorisation des principes mis en œuvre pour les legs universels affectés d'une condition suspensive (en ce sens, H. Soum, La transmission de la succession testamentaire, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 8, 1957, préface P. Hébraud, n° 154). Pour la doctrine favorable à l'idée que la saisine reste provisoirement à l'héritier légitime lorsque le legs universel est affecté d'une condition suspensive, cf. C. Aubry et C. Rau, Cours de Droit civil français, tome 11, 6^{ème} éd., par P. Esmein, Paris, éditions techniques, 1956, n° 719.

² Cf. Req., 28 nov. 1893, D.P. 1894, 1, 217.

³ Cf. Civ., 9 janv. 1899, S. 1899, 1, 289, note A. Wahl, D.P. 1900, 1, 605 ; Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, Bull. civ. I, n° 253, Rép. Déf. 1998, art. 36735, obs. X. Savatier.

⁴ V. Civ., 9 janv. 1899 préc.

⁵ Avis du 15 juill. 1884, donation Cazet, commune de Fontaine-les-Châlons, in Bienvenu Martin, op. cit., p. 178.

⁶ Le Conseil d'Etat l'a affirmé à plusieurs reprises dans ses avis sur les décrets d'acceptation en ces termes : « En conférant au Gouvernement un droit de contrôle sur l'exécution des libéralités faites aux établissements publics, le législateur lui a imposé pour devoir de s'opposer à la fois dans l'intérêt public et dans l'intérêt des familles à l'extension excessive du patrimoine des établissements de mainmorte. Il appartient, par suite au gouvernement de réduire dans la proportion qu'il juge convenable, et à raison soit de la situation digne d'intérêt des héritiers, soit de l'importance du patrimoine de l'établissement légataire, le montant de la

163. La considération de l'état de besoin de la famille du disposant¹ peut ainsi décider l'autorité administrative à n'accorder qu'une autorisation partielle. C'est la pratique dite de la « *réserve administrative* ». Celle-ci, réglementée par l'ordonnance du 14 janvier 1831 (article 3) ainsi que par le décret du 1^{er} février 1896 organisant la consultation des héritiers² et la production par ces derniers de tous leurs moyens d'opposition, est validée tant par la jurisprudence administrative³ que judiciaire⁴.

La prise en compte de la situation de pauvreté de la famille du disposant n'est pourtant pas une obligation pour l'autorité administrative. En particulier, si les héritiers ont fait opposition à l'exécution des dispositions testamentaires, l'autorité de tutelle n'est pas tenue d'accéder à leurs revendications. L'autorisation d'acceptation du legs implique d'ailleurs le rejet de cette opposition, lequel n'a pas à être expressément déclaré⁵. L'autorité administrative de tutelle n'est pas davantage liée par l'avis de la famille lointaine que le décret de 1896 ne lui fait pas obligation de consulter.

En outre, la réduction administrative n'a pas pour objet de garantir aux héritiers réservataires leur part successorale. Bien au contraire, son but avoué est d'assurer aux héritiers non réservataires une part du legs. Cet objectif peut néanmoins être contrarié par les règles de dévolution successorale ou par le testateur lui-même. En effet, l'autorité administrative n'est pas maîtresse de l'attribution de la part réduite, celle-ci se partageant entre les héritiers au prorata de leur vocation héréditaire⁶.

Pour éviter que la réduction ne profite à ses héritiers, le testateur peut d'abord procéder à la désignation d'un légataire universel qui recueillera le legs en cas d'autorisation

libéralité faite à cet établissement » (cf. les nombreux projets de décret et avis cités, in Bienvenu Martin, op. cit., p. 174).

¹ Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, le droit de réduction de l'autorité administrative ne peut s'exercer que dans l'intérêt de la famille et non au profit du légataire universel : note du 19 mai 1897, legs Demoiselle Précourt, in Reynaud et Lagrange, op. cit., p. 244.

² Cf. supra, n° 158.

³ Cf. Conseil d'Etat, 6 déc. 1972, Billiet et Communauté sociale européenne, Lebon, 786.

⁴ Cf. Cass. Req., 23 fév. 1886, S. 1888, 1, 471, D.P. 1886, 1, 242 ; Civ., 1^{er} mars 1893, S. 1893, 1, 177, D.P. 1893, 1, 217.

⁵ V. Conseil d'Etat, 24 janv. 1958, Gerschel, Lebon, 41.

⁶ Cependant, lorsque le testateur a expressément manifesté son intention d'exhérer ses parents les plus proches, seul le parent au degré subséquent doit bénéficier de la réduction : Cass. Req., 6 nov. 1878, S. 1879, 1, 33. Dans le même sens, lorsque la disposition réduite est un legs universel et que l'intention du testateur a été d'exclure les héritiers ab intestat, la réduction du legs devrait bénéficier à l'Etat en vertu de l'article 768 du Code civil.

partielle¹. Si la disposition réduite est un legs particulier, le légataire universel, à l'exclusion des héritiers légaux, aura seul vocation à l'émolument². Le testateur peut ensuite stipuler qu'en cas de réduction de la libéralité consentie, un tiers désigné par lui devra en profiter aux lieu et place du gratifié initial³.

De là on voit que la pratique de la réduction administrative n'est pas assurée d'aboutir à son dessein initial qui est de protéger la famille démunie du *de cuius*. Cela se vérifie davantage si l'on dit que l'autorité administrative ne peut contraindre l'établissement légataire à consentir des engagements unilatéraux en faveur de certains héritiers⁴. Il lui est seulement permis de valider les engagements que l'organisme gratifié a choisi de souscrire par faveur envers les familles⁵. L'autorité administrative, confrontée au refus de l'établissement gratifié de souscrire des engagements envers la famille, n'est toutefois pas désarmée puisqu'elle peut toujours sanctionner la personne morale en ne lui accordant pas l'autorisation administrative d'accepter⁶.

Lorsqu'elle est accordée, la réduction administrative n'a pas pour effet de changer le titre successoral de l'établissement gratifié. Aussi, l'établissement légataire universel reste-t-il redevable, malgré la réduction opérée, des charges et obligations attachées au titre de légataire universel.

164. Outre cette faculté d'autorisation partielle, l'autorité administrative peut assortir son accord de conditions⁷. Ainsi, s'il s'agit d'un legs, l'autorisation administrative d'accepter peut n'être accordée que sous réserve d'acceptation sous bénéfice d'inventaire⁸. Mais le plus souvent, l'autorité administrative assortit son autorisation de conditions

¹ Cf. Civ., 1^{er} mars 1893, S. 1893, 1, 177, D.P. 1893, 1, 217. Contra, Cass. Req., 30 nov. 1869, D.P. 1870, 1, 202.

² V. Cass. Req., 10 mars 1897, S. 1897, 1, 280.

³ Cf. Cass. Civ., 25 mars 1863, D.P. 1863, 1, 113, S. 1863, 1, 169, note G. Massé.

⁴ Cf. Conseil d'Etat, 19 mars 1965, Caisse artisanale interprofessionnelle d'assurance vieillesse de Loire Atlantique et de Vendée, D. 1965, J., 453, conclusions Galabert. La Section de l'intérieur du Conseil d'Etat dans ses avis avait, de longue date, adopté cette position : cf. notamment note du 18 fév. 1891, legs Drugeon, note du 28 octobre 1891, legs Brosset, in Bienvenu Martin, op. cit., p. 174.

⁵ Cf. Conseil d'Etat, 19 mars 1965 préc.

⁶ Cf. avis du 2 déc. 1896, Legs Laffin ; projet de décret et note du 19 mai 1897, in Reynaud et Lagrange, op. cit., p. 246.

⁷ Le non-respect d'une des conditions posées par l'autorité administrative pour autoriser la donation ne peut être invoquée que par l'Administration ou les parties à l'acte : Civ. 3^{ème}, 18 déc. 1991, J.C.P. 1992, IV, 638.

⁸ V. avis du Conseil d'Etat n° 236578 du 1^{er} mai 1945 cité par M. Pomey, traité préc., p. 409.

« nécessaires dans l'intérêt des services publics et pour l'exacte observation des lois »¹. Elle le fera notamment lorsque le testament contient des clauses contraires aux lois. En effet, en présence de clauses et conditions contraires aux lois, l'autorité de tutelle peut procéder de deux manières. Elle peut d'abord inviter l'établissement gratifié à s'entendre avec le donateur ou les héritiers du testateur. L'établissement gratifié devra alors inciter le donateur à refaire son acte ou, s'il s'agit d'un legs, tenter d'obtenir des héritiers qu'ils renoncent à l'exécution de la clause illicite. Si l'établissement y parvient, la transaction intervenue entre lui et les héritiers devra être autorisée par l'autorité de tutelle². A défaut d'accord des héritiers, l'autorité administrative peut ensuite n'autoriser la libéralité qu'« aux clauses et conditions énoncées, qu'en tant qu'elles ne sont contraires aux lois »³. Ainsi, il lui est permis d'assortir son acceptation à la condition qu'à l'organisation spéciale prévue par le testateur soit substituée une administration conforme aux lois et règlements relatifs à cet établissement⁴.

Enfin, l'autorité administrative peut ajouter certaines conditions dans l'intérêt général⁵. Ainsi, conformément à l'ordonnance du 2 avril 1817 (article 4), l'autorité administrative de tutelle doit pourvoir, en l'absence de précision du disposant, à « l'emploi des sommes données » et à « la conservation ou la vente des effets mobiliers » sans, toutefois, que le défaut de prescription de cet ordre puisse vicier le décret⁶.

Le pouvoir de l'autorité administrative de subordonner l'acceptation à certaines conditions ne doit pas pour autant méconnaître les intentions du disposant. Si tel était le cas, les héritiers pourraient contester la libéralité devant les tribunaux. En effet, l'autorisation administrative d'accepter n'empêche pas que la validité de la libéralité puisse être discutée devant les juridictions judiciaires, seules compétentes en vertu du principe de

¹ Conseil d'Etat, 31 mai 1963, Dame Ewald, Lebon, 343 ; Conseil d'Etat, 26 janv. 1906, D.P. 1907, 3, 93.

² V. Conseil d'Etat, 6 déc. 1972, Billiet et communauté sociale européenne, Lebon, 786. Le Conseil d'Etat rappelle dans cet arrêt que l'appréciation de la validité de cette transaction relève exclusivement de l'autorité judiciaire.

³ B. Martin, op. cit., p. 167.

⁴ Arrêts nombreux en ce sens : cf. Bienvenu Martin, op. cit., p. 168 et s.

⁵ Le fait que l'autorité de tutelle puisse imposer ces conditions ne porte pas atteinte à l'initiative de l'établissement sous tutelle dans la mesure où ce dernier, en acceptant ou en refusant la libéralité, aura toujours le dernier mot (en ce sens, S. Regourd, L'acte de tutelle en droit administratif français, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 142, 1982, préface J.A. Mazères, n° 224).

⁶ V. Conseil d'Etat, 24 juill. 1936, Bureau de bienfaisance de Saint-Léonard, Lebon, 856.

séparation des pouvoirs¹. C'est notamment à l'autorité judiciaire qu'appartient exclusivement le droit de décider si l'établissement autorisé est bien l'établissement gratifié par le testateur, s'il a la capacité de recevoir à titre gratuit, si les charges imposées par le disposant sont ou non licites ou encore si les conditions auxquelles l'autorité administrative a subordonné son acceptation respectent les intentions du disposant. En revanche, l'interprétation des autorisations administratives est de la compétence exclusive de la juridiction administrative, l'autorité judiciaire saisie devant surseoir à statuer².

165. Si la décision d'autorisation ou de refus d'autorisation relève de l'appréciation souveraine de l'autorité administrative³, elle est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir selon le droit commun des actes administratifs⁴. Jusqu'au décret du 20 décembre 1994, l'arrêté préfectoral de refus d'autorisation de la libéralité pouvait faire l'objet d'un recours administratif sur lequel il était statué par décret en Conseil d'Etat⁵. La jurisprudence administrative avait alors décidé que ce recours hiérarchique était un préalable obligatoire à tout recours devant le juge de l'excès de pouvoir⁶. Le décret du 20 décembre 1994 en abrogeant la possibilité de recours administratif, semble avoir mis fin à l'exigence d'un recours gracieux préalable à toute action contentieuse. Cependant, ce recours administratif pourrait subsister en tant que recours hiérarchique de droit commun et être exercé par l'établissement gratifié dans le délai de deux mois.

¹ Cass. Req., 2 janv. 1877, D.P. 1877, 1, 13 ; Conseil d'Etat, 12 mars 1926, Demoiselle Derenne et autres, Lebon, 275 ; Conseil d'Etat, 2 août 1927, Demoiselle Rivière, Lebon, 889.

² Cf. par ex. Trib. des Conflits, 20 mai 1882, D.P. 1883, 1, 114 ; Civ., 16 juin 1879, S. 1879, 1, 360 ; Conseil d'Etat, 11 fév. 1881, Lebon, 172.

³ Cf. Cass. civ., 18 oct. 1892, S. 1893, 1, 12, D.P. 1892, 1, 619.

⁴ La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes d'autorisation ou de refus d'autorisation des libéralités n'est qu'une application du principe plus général de la recevabilité du recours contre les actes de tutelle. Ce recours établit la détachabilité de l'acte de tutelle de l'acte auquel il s'applique (sur cette question, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 384 et s.).

⁵ Précisons que la disposition en question ne vise que les fondations, associations ou congrégations (article 6 abrogé du décret du 13 juin 1966 relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations).

⁶ Conseil d'Etat, 25 nov. 1988, M^{elle} Boyer Manet, Tables Lebon, 782, J.C.P. 1988, IV, 411. Il avait été précisé que le recours administratif adressé à une autorité incompétente n'entache pas d'irrecevabilité le recours pour excès de pouvoir (Conseil d'Etat 15 mai 1996, Association Notre Dame de l'Espérance, J.C.P. 1996, IV, 2042, D. 1996, I.R., 145). De même, le Conseil d'Etat avait-il pu décider qu'il ne pouvait être statué sur ce recours administratif que par décret en Conseil d'Etat et que de ce fait, le silence gardé par l'autorité administrative pendant quatre mois à compter du dépôt de la demande d'autorisation devait être regardé comme une décision implicite de rejet entachée d'incompétence (Conseil d'Etat, 29 juill. 1998, G.P. 1999, 26-27 février, 3).

166. Au terme de cette étude, il apparaît que l'acte de fondation sans création d'une personne morale nouvelle doit, pour produire effet, être adressé à une personne morale de droit public ou de droit privé à but désintéressé à grande capacité (fondations, associations reconnues d'utilité publique, congrégations reconnues, syndicats). Comme, de plus, ces personnes morales ont une activité spécialisée, l'acte de fondation ne pourra produire effet que si l'affectation correspond aux attributions de l'établissement récipiendaire.

Il faut bien reconnaître que ce sont là des exigences bien contraignantes pour un disposant peu au fait des subtilités du Droit positif. Cette considération n'a sans doute pas été étrangère à la tendance jurisprudentielle qui, favorable aux fondations, a assoupli les règles de capacité.

c- L'assouplissement des règles de capacité par la jurisprudence.

167. Appliquées strictement, les règles de capacité, parmi lesquelles il faut inclure l'existence¹ et la détermination de l'accipiens, auraient pour effet d'entraîner l'annulation de nombreuses fondations réalisées par testament².

Cela est d'autant plus vrai que le vice entachant le legs peut prendre des formes diverses. Il se peut d'abord que le testateur ait effectivement désigné un légataire mais que les maladresses d'expression du testament rendent son identification difficile. Il n'y a là qu'une question d'interprétation du testament qui est du ressort des juges du fond. C'est ce que dès 1934³, la Cour suprême affirma en ces termes : « la loi ne déclarant pas nulle la disposition testamentaire faite au profit d'une personne non dénommée, il appartient aux juges, pour lui donner effet, de discerner d'après les énonciations du testament et les circonstances extrinsèques de la cause quelle est la personne que le testateur a voulu gratifier ». Mais c'est là une hypothèse assez rare.

168. Il est plus fréquent que le légataire choisi par le testateur soit inexistant (s'il s'agit d'une personne morale), indéterminé ou incapable de recevoir (du fait du défaut de

¹ La nécessité de l'existence d'un gratifié est expressément édictée par l'article 906 du Code civil. Bien qu'à l'origine elle ait été formulée par les rédacteurs du Code civil pour les personnes physiques, elle est étendue par la jurisprudence aux personnes morales : cf. par ex., Civ., 12 avr. 1864, S. 1864, 1, 153, D.P. 1864, 1, 219 et Civ., 14 août 1866, S. 1867, 1, 61.

² En effet, lorsque le fondateur aliène ses biens de son vivant, il conserve toujours la possibilité de refaire son acte.

³ Req., 21 fév. 1934, D.P. 1934, 1, 69. Le fait que les juges du fond peuvent recourir à tous les éléments de preuve extrinsèques pour déterminer quelle était l'intention du testateur a récemment été rappelé : cf. Civ., 8 déc. 1998, J.C.P. 1999, IV, 1205.

spécialité, par exemple). Il peut enfin arriver que le testateur n'ait même pas désigné de gratifié et qu'il se soit contenté de manifester sa volonté d'affecter des biens à la réalisation d'une certaine fin.

169. Lorsque l'acte de fondation a un but charitable, l'erreur commise par le testateur dans la désignation du légataire est sans conséquence. Dans cette hypothèse en effet, l'article 937 du Code civil prévoit que les libéralités aux pauvres sont acceptées par le maire de la commune ce qui présuppose que de telles libéralités ne sont pas nulles malgré l'indétermination des légataires. Comme les pauvres disposent de la capacité de recevoir à titre gratuit, la capacité de l'intermédiaire choisi par le testateur importe peu.

Selon l'article 937 du Code civil, l'acceptation de la libéralité est l'œuvre du maire de la commune agissant en qualité de représentant des pauvres et non de la commune¹. En pratique, c'est aux centres d'aide sociale, successeur des bureaux de bienfaisance et des bureaux d'assistance médicale, qu'incombe la mission d'accepter². Lorsque la libéralité n'entre pas dans les attributions de ces établissements, il appartient au maire, en tant que représentant légal des pauvres, d'accepter les libéralités faites aux pauvres de la commune.

Littéralement, la disposition de l'article 937 du Code civil ne s'applique qu'aux pauvres de la commune. Or, il n'est pas rare que les pauvres, sans aucune précision géographique, soient les destinataires du legs.

Dans ce cas, la détermination des pauvres appelés à bénéficier d'une telle disposition testamentaire est une question d'interprétation³ qui est souvent résolue en faveur les pauvres de la commune, « les textes ne citant pas en effet d'autres catégories de pauvres que les pauvres d'une commune »⁴. Mais toutes les difficultés ne sont pas encore surmontées, car on peut hésiter sur la commune attributaire. S'agit-il de la commune du domicile du testateur au moment de la rédaction du testament ou de la commune où résidait le testateur au moment du décès ? Si la pratique administrative la plus récente

¹ V. note de la Section de l'Intérieur du 12 juillet 1892, in Reynaud et Lagrange, op. cit., p. 260.

² On a pu faire remarquer à juste titre que l'article 136 du Code de la famille et de l'aide sociale dans sa rédaction actuelle ne fait pas état du pouvoir de représentation des pauvres mais se contente d'énoncer que les centres d'action sociale exercent les droits des anciens bureaux d'aide sociale (H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1427, note 2).

³ En ce sens, A. Ponsard, Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments, Le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge, J.C.P. 1957, I, 1385, n° 59. En ce sens également, F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 587. Voy. également, Civ. 1^{ère}, 25 mai 1960, Bull. civ. I, n° 289.

⁴ A. Ponsard, loc. cit., n° 59.

s'oriente plutôt vers la commune de résidence du *de cuius* lors de son décès¹, la jurisprudence judiciaire n'y voit qu'une question de fait variable selon les circonstances².

La disposition de l'article 937 est louable, car elle est à même de donner effet à des fondations à but charitable. Malheureusement, la jurisprudence en a dénaturé la portée en conférant aux ex-bureaux de bienfaisance, un monopole de représentation des pauvres exclusif de toute disposition du testateur portant désignation d'une personne physique ou morale parfaitement capable³.

Cette jurisprudence, qui ne s'appuie sur aucun texte, semble même contredire les dispositions déjà évoquées de l'article 6 de la loi du 23 juillet 1987, dispositions habilitant les associations simplement déclarées ayant pour objet l'assistance et la bienfaisance à recevoir des libéralités.

Elle a heureusement été tempérée par la distinction opérée entre acceptation et gestion des biens et la distribution des secours proprement dits. Si seul le bureau de bienfaisance pouvait accepter la libéralité, la distribution des secours a pu être opérée par des tiers désignés par le disposant⁴.

Le monopole des bureaux de bienfaisance est-il maintenu au profit des centres d'action sociale qui les remplacent ? Une telle solution serait néfaste, car elle est de nature à décourager tous ceux que l'intervention étatique hérisse.

170. Dans d'autres situations en revanche, les juridictions judiciaires ont mis à profit l'article 937 du Code civil pour sauver de la nullité des dispositions testamentaires.

La capacité de recevoir des pauvres est en effet un moyen commode de donner effet à des dispositions testamentaires, nulles sans cela. Aussi, une tendance jurisprudentielle qui tend à découvrir dans la collectivité gratifiée la collectivité des pauvres s'est-elle instaurée. Dès 1932, dans une affaire célèbre, la Cour suprême avait validé un legs destiné « aux veuves et orphelins pauvres d'employés de la Banque de France »⁵. Plus tard, en présence

¹ V. A. Ponsard, loc. cit., n° 59.

² V. Paris, 7 et 20 mai 1885, Gazette des Tribunaux 24 juin 1885 ; Douai, 29 nov. 1893, D.P. 1894, 2, 599. En ce sens également, A. Ponsard, loc. cit., n° 59.

³ V. Req., 4 août 1856, D.1856, 1, 453, S. 1857, 1, 273.

⁴ En ce sens, J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, op. cit., n° 362 ; M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 896. Cf. également, Civ., 21 avr. 1898, S. 1898, 1, 233, D. 1898, 1, 455. Cette solution est essentiellement le fait de la jurisprudence judiciaire puisqu'il semble que la pratique administrative l'ait parfois condamnée (en ce sens, M. Planiol et G. Ripert, tome 5, ibid. et les notes et avis cités au n° 896, note 2, p. 1146).

⁵ Civ., 6 juin 1932, D.H. 1932, 428, S. 1933, 1, 220, R.T.D.C. 1932, 1149, obs. R. Savatier.

d'une clause testamentaire au bénéfice « des orphelins français résidant en France »¹, les juges du fond décident que le legs « doit s'entendre comme étant fait au profit des orphelins pauvres » en précisant que si le testateur avait voulu gratifier une autre catégorie d'orphelins (comme celle des orphelins de guerre), il l'aurait précisé. Plus frappant encore est l'arrêt de la cour d'appel de Nancy² pour laquelle le terme d'« œuvres charitables » est synonyme de legs aux pauvres.

171. Dans tous ces cas, c'est le rattachement à la collectivité des pauvres légalement investie de la personnalité morale qui permet de valider des dispositions testamentaires d'utilité sociale incontestable. En dehors de cette hypothèse, l'absence de personnalité morale de la collectivité bénéficiaire devrait aboutir à annuler les libéralités adressées à des établissements incapables ou inexistantes.

Mais la jurisprudence, de longue date, ne l'a pas entendu ainsi. Faisant application des règles d'interprétation selon lesquelles il faut rechercher l'intention des parties « plutôt que de s'arrêter au sens littéral » (article 1156 Code civil) et qu'en présence d'une clause susceptible d'avoir deux sens, il faut l'entendre dans le sens susceptible de lui donner effet (article 1157 du Code civil), les juges du fond ont, avec l'approbation de la Cour suprême³, édifié une jurisprudence fort libérale.

Pour sauver les dispositions testamentaires de la nullité, les juges du fond ont procédé, sous couvert d'interprétation du testament, à la substitution d'un légataire capable à celui incapable de recevoir désigné par le testateur. Mais, là ne s'est pas arrêté « le paternalisme judiciaire »⁴ puisque les juges du fond en sont parfois arrivés à créer de toutes pièces le mécanisme du legs avec charge⁵.

172. **Dans certains cas**, le testateur a réellement eu la volonté de léguer mais il a, soit omis de désigner le légataire, soit institué un légataire incapable (que cette incapacité soit la conséquence de l'inobservation du principe de spécialité⁶ ou qu'elle soit plus simplement une incapacité de jouissance).

¹ T.G.I. Pau, 24 avr. 1959, D. 1959, J., 360, note P.E.

² Nancy, 6 déc. 1950, G.P. 1951, 1, 214.

³ Sur la question, cf. A. Ponsard, loc. cit., n° 56 et s.

⁴ R. Savatier, R.T.D.C. 1956, p. 381-382.

⁵ C'est la démonstration menée par André Ponsard (loc. cit., n° 32 et s.).

⁶ Pour une solution médiane qui concilie le respect du principe de spécialité et l'exécution de la charge de fondation, v. l'arrêt de la Cour de Bordeaux (Bordeaux, 21 nov. 1951, D. 1952, J., 76) qui fait droit à une

La première hypothèse (absence de désignation d'un légataire par le testateur) a longtemps été illustrée par les fondations autonomes. Avant que la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi du 23 juillet 1987 ne le permette, la jurisprudence judiciaire n'admettait pas qu'un legs soit adressé à une fondation- personne morale non encore existante au jour de l'ouverture de la succession. Pour éviter de prononcer la nullité du legs, le juge, complétant les dispositions testamentaires lacunaires, opérait la désignation d'un légataire, personne physique ou morale, qu'il grevait de la charge de fonder¹. La « désignation judiciaire » d'un légataire n'est d'ailleurs pas spécifique aux fondations et s'étend aux libéralités pures et simples faites en faveur d'une cause d'intérêt général (legs à la recherche médicale, à lutte contre le cancer...) sans autre précision².

La seconde situation (substitution d'un légataire capable) a pour but de remédier au choix par le testateur d'un légataire inexistant ou incapable de recevoir, soit que l'œuvre instituée par le testateur ait été dissoute, soit qu'elle n'ait jamais été capable de recevoir à titre gratuit³, soit enfin que la charge stipulée soit étrangère à sa spécialité. Ce mécanisme judiciaire, qui ressemble fort à une substitution vulgaire⁴, s'opère à la faveur d'une action en nullité du legs intentée par les héritiers⁵ ou à l'occasion d'une demande en délivrance du legs émanant de la personne qui s'estime gratifiée. Les exemples jurisprudentiels de substitution judiciaire sont d'ailleurs édifiants.

Ainsi, lorsque la libéralité est adressée à un établissement incapable de recevoir, le juge l'a parfois interprétée comme faite à la personne morale dont il dépend. La Cour d'appel de

demande des héritiers de faire gérer une fondation hospitalière, administrée jusque là par le bureau de bienfaisance, par un établissement indépendant dont il incombait au bureau de bienfaisance de solliciter la création.

¹ Voy. par ex, Aix, 9 mars 1909, Gazette des tribunaux du 25 avr. 1909, R.T.D.C. 1909, 426, obs. J. Hémar, D. 1909, 2, 310, S. 1909, 2, 79.

² Voy. par ex., Civ. 1^{re}, 30 juin 1993, J.C.P. 1993, IV, 2263 ; T.G.I. Dunkerque, 22 oct. 1975, J.C.P. 1976, IV, 176 ; Bordeaux, 14 janv. 1992, J.C.P. 1993, IV, 193 ; Rouen, 22 fév. 1995, J.C.P 1996, IV, 401 ; Paris, 10 sept. 1997, D. 1997, I.R., 235.

³ Pour une situation originale, cf. Civ. 1^{re}, 5 avr. 1978, Bull. civ. I, n° 151. Dans cette espèce, le testateur avait désigné un organisme incapable de recevoir à titre gratuit en le chargeant de faire bénéficier de l'émolument du legs une association, qui était elle capable de recevoir à titre gratuit. La Cour de cassation décide que la dévolution d'une partie de la succession à l'association capable de recevoir à titre gratuit « répondait à l'intention souverainement appréciée de la testatrice ». Dans la même affaire, V. Conseil d'Etat, 6 déc. 1972, Billiet et communauté sociale européenne, Lebon, 786.

⁴ En ce sens, A. Ponsard, loc. cit., n° 54.

⁵ Les héritiers vont invoquer à l'occasion de cette action la nullité du legs pour inexistence ou incapacité du légataire. Il est à noter qu'en l'absence d'intervention de la personne qui s'estime légataire, le tribunal saisi d'une action en nullité du legs n'a pas le pouvoir de désigner le « véritable » bénéficiaire du legs : cf. T.G.I Pau, 24 avr. 1959, D. 1959, J., 360, note P.E.

Montpellier a, par exemple, interprété le legs d'une propriété aux « Soeurs de Saint-Vincent de Paul, rue du Marché à Carcassonne », comme adressé non à la succursale installée rue du Marché mais à la congrégation dont cette succursale dépendait, avec affectation spéciale à cette succursale¹. De même, il a été jugé que le legs adressé à deux églises sans existence légale pouvait être recueilli par l'association diocésaine dont ces deux paroisses dépendaient, car l'intention de la testatrice était d'aider aux frais d'entretien du culte de ces deux paroisses et que l'association diocésaine avait justement pour objet de subvenir aux frais du culte catholique des paroisses situées dans le diocèse².

Dans le même sens, le legs universel fait à une œuvre gérée par une association non reconnue d'utilité publique et par là même incapable de recevoir, est attribué à la Fédération reconnue d'utilité publique à laquelle l'association gestionnaire était affiliée³ au motif que le véritable bénéficiaire du legs était l'œuvre elle-même et à travers elle la collectivité bénéficiaire de son action et que la Fédération instituée poursuivait un but similaire à celui de l'œuvre.

On a proposé de généraliser cette jurisprudence en admettant comme règle de droit que le legs gratifiant une succursale incapable devrait être, sauf indication contraire du testateur, présumé adressé à la personne morale dont elle dépend⁴, la succursale profitant de la sorte « de la personnalité générale du groupe dont elle dépend »⁵. Cette position se défend certainement lorsque l'œuvre gratifiée ne dispose pas de la personnalité morale et est gérée directement par la personne morale, mais elle se comprend moins lorsque l'œuvre bénéficiaire a la personnalité morale. Un tel procédé revient, en effet, à nier la spécificité du groupement doté de la personnalité morale et à ce titre, pourvu d'une existence autonome.

Encore le procédé pourrait-il se justifier si l'œuvre que le testateur avait en vue, pouvait jouir en dernier ressort des biens légués.

A cet effet, il est intéressant de noter que dans l'espèce précitée de 1970, la Fédération s'était engagée à laisser la jouissance des biens à l'œuvre qui lui était affiliée si elle était

¹ V. Cass. Req., 30 oct. 1934, D.H. 1934, 569, S. 1935, 1, 281, note F. Géný. Voy. également Cass. civ., 6 mars 1854, S. 1854, 1, 374 ; Cass. Chambres réunies, 17 juill. 1856, S. 1956, 1, 713.

² Cf. T. civ. Montauban, 7 juill. 1948, D. 1948, J., 564, R.T.D.C. 1949, 112, obs. R. Savatier.

³ V. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1970, Bull. civ. I, n° 293.

⁴ En ce sens, R. Savatier, obs. à la R.T.D.C. 1934, 186-187 ; A. Ponsard, loc. cit., n° 47 et 61.

⁵ R. Savatier, *ibid.*, 187.

déclarée propriétaire des biens. Sans doute, cette circonstance n'a-t-elle pas été étrangère à la décision finale d'attribution du legs. Plus explicite encore est la motivation de l'arrêt de la première chambre civile en date du 18 février 1986¹, qui, à propos d'un legs fait à une œuvre non personnalisée, décide d'en faire bénéficier le bureau d'aide sociale de la ville de Nice qui gère une œuvre poursuivant un but analogue à celui de l'œuvre désignée par le testateur. Dans cette espèce, les demandeurs au pourvoi reprochaient à la Cour d'appel de ne pas rechercher si l'œuvre gérée par le bureau d'aide sociale était une association déclarée, condition en l'absence de laquelle la libéralité dût être déclarée nulle, faute d'aptitude à recevoir à titre gratuit de l'accipiens. La Cour de cassation rejette le moyen en relevant que le bénéficiaire du legs était le bureau d'aide sociale de Nice et que l'affectation à l'œuvre gérée « n'est qu'une simple modalité d'exécution du legs mis à la charge du légataire ». Ce sont donc bien les établissements institués par le testateur qui sont, en définitive, appelés à jouir des biens.

Parfois, le rattachement entre l'incapable institué et la personne substituée a été jugé trop faible pour justifier la substitution. Ainsi, la Cour d'appel de Bordeaux² a-t-elle refusé d'attribuer le bénéfice d'un legs fait à une association dissoute à la date d'effet de la libéralité, au groupement cessionnaire de son actif. Pour ce faire, les juges d'appel ont relevé que le groupement cessionnaire n'est qu'un ayant cause à titre particulier de l'association dissoute³.

Cette dernière espèce ne manque pas d'étonner au regard d'un courant de jurisprudence plus libéral qui, en l'absence même de toute filiation de l'établissement incapable avec un autre établissement capable, lui substitue un groupement poursuivant un but similaire⁴. En effet, dès l'instant que les juges du fond ont acquis la conviction que le testateur a entendu gratifier, à travers le groupement institué, les bénéficiaires de son activité, ils n'hésitent pas à proclamer légataire l'établissement dont le but se rapproche le plus de celui de la personne morale instituée par le testateur.

Généralement, les juges du fond procèdent à la substitution en déclarant que le testateur avait sous l'appellation utilisée entendu gratifier un autre l'établissement capable. Plus

¹ Civ. 1^{re}, 18 fév. 1986, Bull. civ. I, n° 28, D. 1986, I.R., 122.

² Cf. Bordeaux, 31 mars 1952, D. 1953, J., 41, note H. Lalou, R.T.D.C. 1953, 135 et 566, obs. R. Savatier.

³ On peut penser que la décision eût sans doute été différente si ces deux groupements avaient fusionné.

⁴ V. T. civ. Grasse, 20 mai 1935, D.H. 1935, 407, qui interprète le legs « à l'œuvre des mutilés de guerre » comme fait, en réalité, à l'Office national des mutilés.

hardiment, certaines décisions ont expressément qualifié les bénéficiaires finaux de l'affectation de « véritables gratifiés » et substitué à l'intermédiaire incapable un autre plus apte à mener à bien la mission assignée. A cet égard, l'espèce de 1957¹ est remarquable. En présence d'un legs adressé à « l'œuvre du Maréchal Pétain » à charge d'établir un orphelinat, établissement incapable de recevoir, les juges d'appel avaient institué légataire la Ville de Cavaillon au motif d'une part, que la cause déterminante de la libéralité était la fondation d'un orphelinat dans cette ville et d'autre part, que cette ville « était qualifiée pour mener à bien l'exécution des desseins primordiaux de la testatrice et acquitter les charges imposées ».

Le pourvoi formé contre cette décision fut rejeté. Pourtant, les juges du fond n'avaient même pas pris la peine de se retrancher derrière une prétendue recherche de volonté du testateur. Partant du principe que les véritables légataires étaient les bénéficiaires de la fondation à créer, ils désignent le légataire qui leur paraît le plus apte à exécuter la charge. La réalisation du but de l'affectation prime ici sur toute autre considération.

La substitution de légataire n'est pas le seul fait des juridictions judiciaires. Elle a été également utilisée par l'autorité administrative. Cette dernière, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'autorisation d'accepter une libéralité, autorise l'établissement capable de recevoir du fait de sa spécialité aux lieu et place de la personne morale incapable instituée par le testateur².

Affirmée à partir de 1881 par deux avis du 13 avril et du 13 juillet³ à propos des legs charitables, la pratique de substitution a été généralisée à toutes les libéralités, quelle que soit leur finalité. Jusqu'à cette date, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'était révélée fluctuante passant d'une application stricte du principe de spécialité à une pratique plus souple⁴. Dans sa recherche d'une solution conciliant le respect du principe de spécialité et la volonté de donner effet aux dispositions testamentaires, le Conseil d'Etat avait eu recours, pendant un temps, à la pratique de l'acceptation conjointe. Cette pratique consistait à autoriser l'acceptation de la libéralité à la fois par l'établissement institué

¹ Civ. 1^{re}, 8 janv. 1957, Bull. civ. I, n° 11, R.T.D.C. 1957, 374, obs. R. Savatier, D. 1957, J., 265.

² Pour quelques exemples de substitution, cf. Reynaud et Lagrange, op. cit., p. 248 et 249 avec les nombreuses décisions publiées.

³ D.P. 1882, 3, 22 et 23. Les legs charitables ou scolaires au profit d'établissements religieux (fabriques, conseils presbytéraux) ont été transférés au représentant légal des pauvres.

⁴ V. H. Ripert, thèse préc., p. 51 et s.

légataire et par l'établissement capable de recevoir du fait de sa spécialité. Dans ce système, tandis que la propriété et la gestion des biens étaient confiées à l'établissement institué, l'établissement appelé à exécuter des charges n'avait qu'un droit de contrôle et de surveillance sur ces biens. Ce mécanisme, peu orthodoxe dans la mesure où l'acceptation doit normalement conférer à son bénéficiaire son titre de propriétaire¹, fut condamné par les juridictions judiciaires² avant d'être abandonné en 1873³. Désormais, l'autorisation d'accepter n'est conférée qu'à l'établissement apte, par sa spécialité, à donner aux biens l'emploi spécifié par le testateur.

La pratique administrative de la substitution s'est vue reprochée d'aboutir à la réfection du testament⁴. Pourtant, le transfert du bénéfice de la libéralité d'une personne publique à une autre personne publique⁵ ne paraissait pas, de prime abord, soulever de réelle difficulté, car « c'est toujours le même intérêt public qui sert de support à cette personnalité »⁶.

Pour étayer cette opinion, on a pu soutenir que les personnes morales de droit public n'étaient pas les véritables destinataires de la libéralité, la libéralité étant, en réalité, adressée au service public qui gère l'affectation donnée.

La réplique n'est pas difficile à trouver tant il est établi en Droit administratif que les personnes morales de droit public, et non les services publics non personnalisés, sont propriétaires des biens⁷.

De plus, le principe de spécialité ne peut justifier la pratique de la substitution. Du principe de spécialité ne résulte pas que « pour effectuer chaque service déterminé, un établissement se trouve naturellement et spécialement désigné »⁸. Le seul effet que puisse

¹ V. P. Benoist, thèse préc., p. 57.

² V. par ex., Req., 18 mai 1852, D.P. 1852, 1, 137, S. 1852, 1, 524.

³ Cf. avis du 6 mars et 24 juill. 1873, D.P. 1873, 3, 97 et 98.

⁴ En ce sens, H. Ripert, thèse préc., p. 78.

⁵ En effet, l'autorité administrative réserve l'usage de la substitution aux personnes morales de droit public et non aux établissements privés sous tutelle étatique (en ce sens, P. Benoist, thèse préc., p. 116, qui cite à l'appui de son affirmation les notes de jurisprudence et la circulaire du 10 juin 1901 ; voy. également, projet de décret et note du 29 juin 1892, legs Reinbole, in Reynaud et Lagrange, op. cit., p. 303).

⁶ A. Ponsard, loc. cit., n° 43.

⁷ En ce sens, P. Benoist, thèse préc., p. 119.

⁸ E. Coquet, thèse préc., p. 47.

produire le principe de spécialité est d'empêcher l'exécution d'une libéralité par une personne morale qui n'en a pas la capacité¹.

De toute façon, la substitution administrative est empreinte de précarité en ce sens qu'elle ne peut produire effet sans la caution de l'autorité judiciaire. Celle-ci est libre de rechercher si l'intention du disposant a été ou non méconnue. Selon que le choix de l'établissement a été ou non la cause impulsive et déterminante de la libéralité, elle sera ou non annulée². Aussi, l'autorité administrative s'entoure-t-elle de précautions. Avant de substituer un établissement à un autre, elle s'assure de l'adhésion des héritiers³. De plus, lorsque le testateur a fait de l'exécution de la charge par l'établissement institué la condition expresse de sa disposition, l'autorité administrative s'incline.

Enfin, plutôt qu'à pratiquer la substitution, la jurisprudence a mis en place un système consistant à autoriser l'établissement gratifié malgré son incapacité à poursuivre ce but et à confier l'exécution de la charge à l'établissement qualifié⁴. Ainsi, l'Etat et les collectivités locales peuvent accepter des libéralités comportant des charges pieuses ou cultuelles si ces charges peuvent être exécutées par un organe qualifié et acceptant⁵.

173. **Dans d'autres cas**, les juges ont procédé à la création pure et simple d'un legs, non pour donner effet aux dispositions testamentaires, mais pour en assurer l'efficacité. Ainsi, à la charge d'hérédité laissée à la discrétion des héritiers, certaines espèces ont préféré le legs avec charge muni de sanctions. C'est la démonstration qui a été faite par André Ponsard dans sa chronique publiée en 1957⁶ et à l'appui de laquelle il signale quelques espèces. La plus caractéristique, à son sens, est l'espèce de 1941⁷ déjà évoquée.

¹ En ce sens, P. Benoist, thèse préc., p. 118 ; F. Bègue, thèse préc., p. 64.

² Pour des décisions ayant annulé la libéralité : Grenoble, 5 juill. 1869, D. 1873, 2, 226, S. 1870, 2, 13 ; Angers, 23 mars 1871, D. 1873, 2, 227, S. 1871, 2, 3 ; Agen, 16 fév. 1891, D. 1893, 2, 213. En sens inverse, cf. Amiens, 26 déc. 1894, D. 1896, 2, 75, S. 1897, 2, 197 ; Orléans, 4 août 1900, S. 1904, 2, 129 ; Civ., 21 avr. 1898, D. 1898, 1, 455, S. 1898, 1, 233.

³ En ce sens, P. Benoist, thèse préc., p. 115 ; H. Ripert, thèse préc., p. 80. Voy. également, projet de décret et avis (assemblée générale), 6 mai 1891, legs Saint-Aubin, in B. Martin, op. cit., p. 177.

⁴ Cf. références jurisprudentielles citées par P. Benoist, thèse préc., p. 117, note 125.

⁵ V. Conseil d'Etat, 19 janv. 1917, D. 1919, 3, 7 ; Conseil d'Etat 18 déc. 1925, D. 1927, 3, 23 ; Req., 5 juill. 1931, D. 1932, 1, 33. Sur cette jurisprudence, cf. également, A. Trasbot, loc. cit., p. 843 et s. A vrai dire, il ne s'agit pas ici d'autorisation des libéralités mais d'acceptation de libéralités par l'Etat puisque ce dernier est soustrait à l'exigence de l'autorisation administrative. Toutefois, on peut penser que la solution pourrait être étendue aux établissements sous tutelle étatique.

⁶ Loc. cit.

⁷ Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699, note P. Voirin, D.A. 1941, J., 102.

Rappelons que, dans cette espèce, la clause litigieuse du testament avait été ainsi rédigée « Je veux que tous les ans il soit donné un prix de 1000 Francs pour une jeune fille ou femme de Brunoy qui aura soigné ses parents avec dévouement et bonté ». L'absence de désignation d'un légataire avait conduit les juges de première instance à analyser cette disposition en une simple charge d'hérédité ; ce, à l'encontre des prétentions de la Ville de Brunoy pour laquelle la disposition valait legs avec charge à son profit. La Cour d'appel de Paris s'est finalement prononcée en faveur de la commune de Brunoy en analysant la clause litigieuse en un legs avec charge.

174. Cette espèce qualifiée de « sommet dans l'histoire de l'évolution jurisprudentielle en faveur des fondations »¹ ne nous paraît pas plus contestable que les décisions qui ont complété le testament en y ajoutant la désignation d'un légataire afin de permettre la création d'une fondation autonome. D'ailleurs, dans cette espèce, la volonté de léguer du *de cuius* ne pouvait pas être totalement exclue.

L'affaire de la fondation Mallet nous semble bien plus critiquable. Dans cette affaire, le testateur avait chargé trois légataires universels de créer une fondation autonome et de constituer une société civile pour en assurer la stabilité. Comme la création de la fondation se heurtait à la renonciation des légataires universels au bénéfice du legs, le tribunal civil de la Seine le 1^{er} février 1927² décida que les héritiers ab intestat recueillaient, en même temps que la succession, la charge de fonder. Le moins que l'on puisse dire est que cette décision est peu conforme aux principes successoraux. La charge est une obligation personnelle du gratifié principal et non une charge objective de la succession³. Le bénéficiaire de la charge est l'ayant cause du légataire principal et non celui du testateur. Aussi, en cas de chute de la disposition principale c'est-à-dire du legs, la charge, accessoire du legs, disparaît avec elle⁴.

¹ A. Ponsard, loc. cit., n° 32.

² D.P. 1928, 2, 125, 2^{ème} espèce, note R. Savatier. Voy. également, Douai, 29 nov. 1893, D.P. 1894, 2, 599.

³ En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 226, p. 239 ; A. Françon, loc. cit., n° 4.

⁴ On notera que les juges semblent avoir fait produire à la charge de fondation les effets d'une obligation réelle. En effet, l'obligation réelle est caractérisée par le fait que le débiteur n'est tenu qu'en tant qu'il est le propriétaire du bien grevé. Ainsi, l'obligation réelle se transmet de plein droit à l'ayant cause et son débiteur ne peut s'en affranchir qu'en faisant abandon de son droit réel. Or, la libéralité avec charge ne fait peser sur le gratifié aucune obligation de ce type (en ce sens, H. Aberkane, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit civil français, L.G.D.J. 1957, n° 186). Il est, par ailleurs, exclu que le fondateur puisse grever les biens affectés d'une obligation réelle. Car que l'on rattache l'obligation réelle au droit de créance ou au droit réel, celle-ci suppose une situation dans laquelle se côtoient deux droits réels. Or, l'obligation d'exécuter la charge d'affectation ne fait pas coexister deux droits réels.

Le mal fondé de la solution n'a pas empêché la Cour de cassation de consacrer une solution similaire à propos d'un legs avec charge de créer un établissement nouveau. Cette affaire avait donné lieu à une longue procédure judiciaire au cours de laquelle la Cour suprême s'était prononcée à deux reprises¹. Dans cette espèce, le testament instituait comme légataire universelle une fondation à créer. La Cour d'appel de renvoi, comme la première cour d'appel saisie, déclara le legs nul comme fait à une personne future mais ne décida pas, pour autant, que la succession devait être dévolue aux héritiers afin de ne pas encourir le reproche d'avoir méconnu la volonté du *de cuius* de constituer une fondation autonome. Approuvée en cela par la Cour de cassation, la seconde Cour d'appel attribue à l'héritière légitime l'hérédité en lui imposant de remettre les biens successoraux à la fondation légataire, selon les instructions testamentaires.

Dans ces deux espèces, c'est à *l'adjonction de charges* à une succession ab intestat que les juges du fond ont procédé². Est-ce à dire que l'héritier ab intestat est, par la tutelle judiciaire, destinée à être un légataire implicite, en second ordre ? En cela, il paraît exact de dire que « le rôle du juge n'est plus seulement de réparer l'omission du testament dans la désignation du légataire, ni même de corriger cette désignation dans le cas où le legs, tel qu'il a été conçu, ne pourrait produire effet ; il peut être parfois de créer de toutes pièces le mécanisme d'un legs que le testament n'impliquait pas, et alors que l'exécution des volontés du *de cuius* aurait pu parfaitement se concevoir sous une autre forme »³.

175. D'une manière générale, cette jurisprudence validant les dispositions à caractère social n'a pas manqué d'attirer les foudres de la doctrine⁴. L'appréciation qu'il faut porter gagnerait à être plus nuancée.

Lorsque les juges du fond « corrigent » le testament en y « ajoutant » un légataire, ils outrepassent sans aucun doute leur pouvoir d'interprétation. En revanche, lorsque le principe du legs avec charge existe vraiment mais que la disposition ne peut produire effet parce que le légataire est inexistant ou incapable de recevoir à titre gratuit, le libéralisme

¹ Civ. 1^{re}, 22 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 258, G.P. 1988, I, 137, note E.S. de la Marnierre et sur renvoi, Civ. 14 mai 1991, Bull. civ. I, n° 159, D. 1992, J., 149, note E. Agostini.

² La seconde espèce est, toutefois, plus critiquable que la première, car elle donne effet à un acte nul. En effet, la nullité du testament a « donné naissance à une obligation civile » (Eric Agostini, note préc.).

³ A. Ponsard, loc. cit., n° 32, qui s'exprimait à propos de l'espèce de 1941.

⁴ Voy. par ex., A. Ponsard, loc. cit., n° 78.

des tribunaux n'est pas toujours condamnable¹. On a cru pouvoir invoquer, pour justifier cette jurisprudence, l'article 900 du Code civil mais l'argument est inopérant. Le choix du légataire est un élément essentiel du legs et non une modalité conditionnelle que les juges pourraient comme bon leur semble réputer non écrite². En revanche, on peut considérer que les juges du fond, quand ils substituent un légataire capable au légataire incapable institué, se livrent à interprétation véritable de la volonté du défunt lorsque le gratifié est une personne morale. Comme on l'a relevé précédemment, on ne gratifie pas une personne morale de la même façon qu'une personne physique³. L'*animus donandi* est tourné d'abord vers le but qu'il poursuit. Aussi, la substitution d'un légataire qui poursuit le même objectif au légataire inexistant ou incapable institué respecte la volonté du testateur.

La règle n'est cependant pas absolue ; elle souffre exception lorsque le testateur a entendu gratifier tel groupement déterminé en raison de l'esprit qui préside à sa mission⁴. Dans ce cas, la personnalité du gratifié, ses qualités personnelles prennent dans l'esprit du testateur une importance qui prime sur le but poursuivi et s'opposent au « changement de légataire ».

De manière plus contestable, les tribunaux procèdent à la substitution de légataire alors que le légataire désigné par le *de cuius* aurait pu valablement exécuter les volontés du défunt. Les exemples, peu nombreux il est vrai, n'en sont pas moins éclairants. Ils ont eu pour effet de substituer au légataire, personne physique, un légataire, personne morale, jugé plus digne d'intérêt. Dans les espèces relevées, il s'agissait de « fondations privées »⁵ c'est-à-dire de fondations réalisées par une libéralité à une personne physique avec charge de donner aux biens l'emploi spécifié.

¹ Contra, M. Grimaldi, Les dernières volontés, loc. cit., p. 191, selon lequel « il y a quelque excès acharnement thérapeutique. Car là où le testament tombe, la succession tombe, la succession n'est pas à l'abandon : la loi est là-même, qui désigne les héritiers *ab intestat* pour la recueillir. Et ne serait-il pas juste que seule une volonté formulée avec assez de clarté pour se suffire à elle-même pût détourner la succession du flux que lui assigne la loi civile ? ».

² En ce sens, A. Ponsard, loc. cit., n° 40 et 53.

³ Nous n'adhérons pas, pour autant, à la théorie du *Zweckvermögen*, ou du patrimoine d'affectation, théorie qui réduit la personne morale à l'affectation. La personne morale est évidemment plus que cela ; elle est certes une affectation à un but d'intérêt altruiste ou intéressé mais aussi une manière de réaliser cette affectation. Il nous semble seulement que dans l'acte de gratification d'une personne morale, la manière qu'a la personne morale de réaliser la mission assignée est, en général, secondaire dans l'esprit du disposant.

⁴ Voy. par ex. Cass. civ., 11 mars 1941, G.P 1941, 1, 493, R.T.D.C. 1940-41, 629, obs. R. Savatier, D.A. 1941, J., 146.

⁵ Sur les fondations privées, v. E. Coquet, thèse précitée ; C. Beudant, note sous Besançon, 26 mars 1891, D.P. 1893, 2, 1.

Dans l'une de ces espèces, le testateur avait institué un légataire universel en lui donnant pour mission de fonder une maison de refuge pour les ouvriers pauvres de Paris et de la Villette¹. L'administration du refuge avait été confiée par le testateur à son légataire universel et après lui, à ses héritiers. La Cour d'appel, relevant le manque de garantie de stabilité et de perpétuité du mode d'administration de la fondation projetée, interpréta la disposition comme un legs en faveur des ouvriers pauvres. Dans le même ordre d'idées, un legs d'immeubles adressé au légataire universel aux fins de fonder un hôpital dans la commune de Flangebouche fut analysé par la Cour d'appel de Besançon en un legs particulier fait aux pauvres² et fut attribué, comme tel, au bureau de bienfaisance. La décision est d'autant plus contestable qu'un codicille précisait que l'Etat ou la commune ne devaient pas s'immiscer dans la fondation de l'hôpital.

Dans ces décisions, il ne s'agit plus seulement de faire prévaloir le but poursuivi par le *de cujus* sur la technique employée par lui mais de modifier le contenu même de la volonté du défunt, ce qui revient à méconnaître ouvertement les intentions du disposant.

Toutefois, la portée de ces arrêts doit être amoindrie tant la substitution n'est habituellement qu'un moyen de donner effet à des dispositions testamentaires inefficaces sans cela. Dans l'ensemble, on a pu le relever, la jurisprudence s'attache à respecter les volontés du défunt même si, pour ce faire, elle prend parfois quelques libertés avec les principes du droit des libéralités.

176. C'est qu'en effet l'efficacité de l'acte de fondation requiert la capacité de recevoir à titre gratuit de l'affectataire. La pérennité est également un élément essentiel dans le choix de l'accipiens. On peut légitimement se demander si elle a aussi des incidences sur le statut des biens affectés.

Paragraphe II- Les conditions tenant à l'objet de l'acte de fondation.

177. A la perpétuité de l'affectation semblent attachées des modalités particulières d'affectation des biens (A). Il est, de plus, de coutume d'établir une corrélation entre affectation perpétuelle et inaliénabilité des biens affectés en nature (B).

¹ V. Req., 1^{er} août 1856, S. 1857, 1, 274, D. 1856, 1, 453.

² Besançon, 26 mars 1891 préc. et sur pourvoi, Cass. Req., 25 janv. 1893, S. 1896, 1, 29, D. 1894, 1, 257, note C. Beudant.

A- Perpétuité et modalités tenant aux biens affectés.

178. La plus grande liberté règne quant à la nature des biens susceptibles d'être affectés (b) sous réserve que ces biens soient de nature à financer à perpétuité l'œuvre d'intérêt général (a).

a- Perpétuité et nécessité d'un capital productif de revenus.

179. La question qui doit nous retenir ici est celle de savoir si l'acte de fondation impose la constitution d'un capital destiné à assurer le fonctionnement de la fondation. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en plus des biens affectés à la *création* de la fondation, le fondateur doit adjoindre « les revenus pour assurer les *frais de fonctionnement* de la fondation »¹. En d'autres termes, le défaut d'affectation de revenus au fonctionnement de l'œuvre d'intérêt général fait-il obstacle à la qualification d'acte de fondation, l'acte d'affectation de biens ne réalisant qu'une libéralité avec charges ne méritant pas l'appellation de fondation ? tel est ce qui a été jugé par la Cour d'appel de Paris². Dans cette espèce, un homme avait légué une propriété à l'Institut Pasteur afin qu'il l'utilise pour étudier les maladies parasitaires des végétaux. L'institut Pasteur ayant vendu la propriété, les héritiers avaient intenté à son encontre une action en révocation de la libéralité pour inexécution des charges. Devant la Cour d'appel les héritiers articulaient le raisonnement suivant : le *de cujus* ayant créé une fondation, le domaine devait être grevé d'une inaliénabilité perpétuelle. A cette argumentation la Cour d'appel répond que le testateur n'avait pas voulu « ériger la masse des biens, objet de son legs, en universalité, avec affectation perpétuelle à la réalisation de services déterminés par lui ; qu'une telle affectation perpétuelle aurait dû s'accompagner nécessairement, ainsi que l'ont à bon droit souligné les premiers juges, des dotations ou des revenus indispensables à la vie même d'une fondation, qu'ainsi, le legs litigieux ne pouvait constituer qu'une libéralité avec charges... ».

Cette décision est pour le moins contestable. On relèvera d'abord que la Cour d'appel oppose à tort l'acte de fondation à la libéralité avec charge, méconnaissant le fait que la fondation se réalise le plus souvent par le mécanisme de la libéralité avec charge. Ce faisant, elle raisonne comme s'il existait un acte de fondation spécifique opérant l'érection

¹ G. Raymond, note sous Paris, 17 avr. 1976, G.P 1976, 2, 783.

² Paris, 17 avr. 1976, préc.

de « la masse de biens, objet du legs, en universalité, avec affectation perpétuelle à la réalisation de services déterminés.. ».

180. En se prononçant de la sorte la Cour d'appel de Paris fait ensuite de l'affectation de revenus au fonctionnement de la fondation un élément constitutif de la notion de fondation¹, alors même que rien dans la définition de la fondation ne l'impose. L'affectation de biens à la vie de la fondation peut seulement servir d'élément d'interprétation de la volonté du disposant de créer une fondation. En effet, le seul fait que le disposant n'ait pas prévu les revenus nécessaires à la vie de l'œuvre n'implique pas *automatiquement* que ce dernier n'a pas voulu donner à l'affectation de biens un caractère perpétuel et peut être plus simplement imputable à sa négligence. L'insuffisance des biens affectés ne peut, à l'identique, disqualifier l'acte de fondation. Lorsque les biens, objet de la libéralité, sont absorbés par le passif successoral ou disparaissent par suite d'une action en réduction exercée par les héritiers réservataires, la libéralité n'en mérite pas moins la qualification d'acte de fondation.

En pratique toutefois, le fondateur aura presque toujours pris soin de prévoir l'affectation de revenus - suffisants - au fonctionnement de la fondation. Il est peu probable, en effet, que l'accipiens accepte de réaliser la fondation s'il doit supporter les charges de fonctionnement de la fondation². De plus, la constitution d'un capital productif de revenus paraît essentielle à la survie de l'œuvre prévue par le fondateur. Ainsi, si, en droit, la constitution d'un capital affecté aux frais de fonctionnement de l'œuvre n'est pas exigée, elle demeure une *nécessité pratique, une condition d'efficacité de l'acte de fondation*.

181. Il faut bien reconnaître cependant que la constitution d'un capital est génératrice d'un coût important. Il est toutefois des moyens d'atténuer la charge financière représentée par la création de fondations. La technique du plan d'épargne fondation proposée, jusqu'à récemment³, par la Fondation de France en est un. Elle consistait dans l'engagement des fondateurs à verser à des échéances déterminées à l'avance, une somme annuelle qui était

¹ G. Raymond, loc. cit., p. 783.

² Ibid.

³ Selon le rapport du Conseil d'Etat (Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 211), la pratique a été abandonnée depuis plus de cinq ans.

conservée et gérée par la Fondation de France jusqu'à ce que ces versements forment une dotation suffisante pour créer la fondation¹.

La validité de ce procédé d'affectation n'est pas douteuse. Les donateurs sont libres d'échelonner dans le temps le transfert des biens². Aucun principe ne s'oppose à ce que l'obligation du fondateur (c'est-à-dire le transfert de la propriété des biens affectés) s'exécute de manière successive. Dans ce cas, l'exécution de la charge d'affectation est différée jusqu'au versement de la totalité de la somme promise par le fondateur. L'obligation d'affectation de l'accipiens n'est en effet exigible qu'au terme de ces versements.

Lorsque l'acte de fondation réalise une donation³, sa validité suppose, par ailleurs, qu'un acte authentique soit rédigé. Sans cela, en effet, la convention prévoyant le versement de sommes annuelles, réaliserait une promesse de dons manuels et serait frappée de nullité⁴. Il est vrai que les tribunaux⁵ admettent la validité d'un don manuel constaté par un écrit rédigé antérieurement à la tradition lorsque l'écrit n'a été dressé que pour servir de preuve préconstituée du don manuel, mais dans notre hypothèse, il est certain qu'il en est rien, puisque le donateur entend par la rédaction et la signature de cet écrit réaliser la donation.

La dotation réunie de cette façon peut fort bien être constituée de biens frugifères autres que des sommes d'argent.

¹ Cette technique du plan d'épargne fondation ne doit pas être confondue avec la pratique des « fondations sans dotation », elle aussi proposée par la Fondation de France. Ces techniques fonctionnent grâce à des versements réguliers, effectués par le donateur ou par des tiers choisis par lui, pour une durée minimale de trois ans. Il est normalement prévu que le montant cumulé des versements s'élève à un million de francs minimum, un tiers au moins de cette somme étant versé à la création. Comme les sommes versées ne sont pas capitalisées, elles seront donc épuisées à terme. Cette limite temporelle exclut toute idée de perpétuité et ce faisant, est incompatible avec la notion de fondation.

² Pour l'affirmation du principe selon lequel le double caractère d'irrévocabilité et d'actualité existe dans une donation entre vifs dont l'exécution n'est pas immédiate dès lors qu'un droit est réellement transmis sur les biens, objet de la libéralité, cf. Req., 19 fév. 1878, D.P. 1878, I, 377.

³ Cf. *supra*, n° 50 et s.

⁴ V. Paris, 26 mai 1948, J.C.P. 1948, II, 4558, note P. Raynaud ; J. Flour et H. Souleau, *Droit civil, Les libéralités*, op. cit., n° 86 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1464 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 497.

⁵ V. Paris, 26 mai 1948 préc.

b- Perpétuité et nature des biens affectés.

182. Les biens les plus divers sont susceptibles d'être affectés à l'œuvre d'intérêt général. Ainsi, parmi les biens meubles, peuvent figurer des objets de collection ou des œuvres d'art. L'affectation de droits suscite davantage de difficultés. Si l'on s'accorde à penser que le fondateur peut affecter des droits réels immobiliers ou des droits intellectuels¹, l'affectation de parts sociales ou d'actions d'une société ne fait pas naître la même unanimité. A la vérité, il n'est pas possible de poser un principe général dans le cadre de cette étude, à raison de la diversité des personnes morales susceptibles d'héberger une fondation. Il importe de se référer aux règles spécifiques à chaque personne morale concernée. On peut néanmoins penser que, quelle que soit la personne morale récipiendaire des biens, la liberté d'affecter des biens de toute nature connaît une limite dans la nécessité pour l'œuvre d'intérêt général de disposer de ressources garanties à perpétuité, que ne garantit pas par exemple la possession d'actions, de parts sociales ou d'œuvres d'art. De ce fait, la possession par la fondation de biens dont les revenus sont aléatoires ou de droits à caractère temporaire (comme les droits d'auteurs) doit être limitée à des proportions raisonnables. Il est vrai qu'à partir du moment où il a accepté la charge de fondation l'accipiens est tenu de l'exécuter et ne saurait se plaindre du fait qu'elle est trop onéreuse et qu'elle lui impose une obligation qui dépasse de beaucoup le montant des revenus produits par les biens. Toutefois, la perspective d'avoir à exécuter la charge de fondation au-delà des biens affectés devrait inciter l'accipiens à ne pas accepter des libéralités ayant pour objet des biens frugifères dont les revenus sont aléatoires ou seulement temporaires.

Lorsque la dotation est formée de biens frugifères individualisés², l'utilisation des revenus de ces biens pour une période indéterminée semble induire l'inaliénabilité des biens transmis. C'est là aborder la question plus générale du lien entre inaliénabilité et fondation.

¹ Sur ce point, cf. P.Y. Gautier, *Les fondations indirectes en droit d'auteur*, D. 1991, chr., p. 145 et s.

² Ainsi les choses de genre par le fait même qu'elles ne sont pas individualisées ne peuvent être frappées d'inaliénabilité.

B- Perpétuité et statut des biens affectés.

183. En définissant la fondation comme « l'affectation perpétuelle de biens, valeurs à un service déterminé par le disposant »¹, on établit du même coup une corrélation entre affectation perpétuelle et inaliénabilité des biens. En effet, pour que des biens soient perpétuellement affectés à la destination choisie par le testateur, il est nécessaire qu'ils soient frappés d'inaliénabilité.

184. Et de fait, afin de s'assurer que l'œuvre perdure, le fondateur croit bon de prévoir l'inaliénabilité des biens affectés. La question de la validité de la clause d'inaliénabilité s'est alors posée. Cette interrogation n'est pas sans importance si l'on considère que la nullité de la clause d'inaliénabilité est de nature à entacher de nullité l'acte de fondation.

Les clauses d'inaliénabilité insérées dans un acte libéral sont régies par l'article 900-1 du Code civil issu de la loi du 3 juillet 1971. Le premier alinéa consacre la jurisprudence antérieure qui subordonnait la validité de la clause d'inaliénabilité à sa temporalité et à l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime².

L'article 900-1 poursuit dans son alinéa 2 que « les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou même à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales ».

Est-ce à dire que les clauses d'inaliénabilité insérées dans les libéralités adressées à une personne morale nouvelle sont soustraites à la condition de temporalité³? Si tel était le cas, cet alinéa serait taillé sur mesure pour les fondations. En effet, si l'affectation de biens

¹ M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 905.

² L'alinéa 2 de ce même article précise néanmoins que le gratifié peut demander en justice l'autorisation de disposer de son bien si l'intérêt qui a justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige (pour des exemples récents d'application de cet article, cf. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, D. 1998, I.R., 161 ; Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1998, D. 1999, I.R., 26, J.C.P. 1999, IV, 1200).

³ Pour l'affirmative, voy. par ex., H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1400, note 11 ; F. Terré et P. Simler, Droit civil, Les biens, 5^{ème} éd., Dalloz, 1998, n° 124 ; J.F. Barbière, thèse préc., p. 444.

On remarquera que la lecture de l'alinéa 2 de l'article 900-1 du Code civil peut laisser croire que même le caractère justifié de la clause d'inaliénabilité n'est pas exigé. Selon M. Carbonnier (Droit civil, tome 3, Droit civil, Les biens, 18^{ème} éd., P.U.F, 1998, n° 85), l'existence d'une autorisation administrative préalable à l'acceptation des libéralités faites à des personnes morales laisse présumer la vérification par l'autorité de tutelle du caractère justifié de la clause d'inaliénabilité. Voy. également, M. Morin, Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments (L. n° 71-526, du 3 juillet 1971), Rép. Déf. 1971, art. 22982, n° 14, selon qui le législateur aurait volontairement substitué au cours de la discussion parlementaire aux mots « ne sont pas applicables » les mots « ne préjudicient pas » pour éviter que l'alinéa 2 de l'article 900-1 du Code civil puisse être interprété comme édulcorant l'exigence du caractère justifié de la clause d'inaliénabilité.

à une finalité d'intérêt général est constitutive d'un intérêt sérieux et légitime, la temporalité de la clause d'inaliénabilité ne convient pas à la fondation qui, par essence, aspire à la perpétuité.

En réalité, l'étude des travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1971 révèle que l'alinéa en question n'a vocation à s'appliquer qu'aux dispositions *nouvelles* (par rapport à la jurisprudence antérieure) de l'article 900-1 (c'est-à-dire aux dispositions qui instituent un recours à la justice pour obtenir l'autorisation d'aliéner le bien), à l'exclusion de la première phrase de l'alinéa 1. Dès lors, l'alinéa 2 entendait seulement signifier que les clauses d'inaliénabilité incluses dans une libéralité adressée à une personne morale ne pourraient être écartées par une autorisation judiciaire de disposer. La raison de cette interdiction en est donnée par le Garde des Sceaux qui craignait que la perspective de remise en cause de la clause d'inaliénabilité stipulée ne décourage les donateurs¹.

Il n'y a toutefois pas lieu de conclure que l'article 900-1 alinéa 1 du Code civil invalide les clauses d'inaliénabilité perpétuelles incluses dans des libéralités adressées à des personnes morales. Au contraire, en interdisant aux tribunaux judiciaires d'autoriser l'aliénation de biens frappés d'inaliénabilité, l'intention du législateur a été de ne pas interdire de manière absolue les clauses d'inaliénabilité perpétuelle insérées dans les libéralités adressées à des personnes morales². Ce faisant, le législateur a simplement voulu indiquer que la jurisprudence antérieure qui validait les clauses d'inaliénabilité perpétuelles frappant les biens affectés aux fondations devait subsister.

¹ En ce sens, P. Simler, Les clauses d'inaliénabilité (Code civil, art. 900-1 nouveau), D. 1971, article L. 416-1, n° 25 ; M. Morin, loc. cit., n° 13.

M. Simler, dans son étude, ne manque pas de relever les contradictions dans l'argumentation du Garde des Sceaux qui justifie l'interdiction judiciaire d'aliéner en se fondant sur la psychologie des fondateurs tout en se félicitant de la possibilité pour les personnes morales de droit public d'obtenir la révision des charges. « On voit mal pourquoi l'éventualité d'une dérogation judiciaire découragerait davantage les donateurs que la perspective d'une révision par les tribunaux administratifs » (P. Simler, loc. cit., n° 26).

De plus, cette justification, outre qu'elle est fondée sur une analyse de la psychologie des fondateurs discutable (en ce sens, P. Simler, loc. cit., n° 26, qui fait, à juste titre, remarquer que cette disposition est de nature à décourager les personnes morales à accepter des libéralités grevées de clauses d'inaliénabilité qu'elles sont conscientes de ne pas pouvoir respecter) est aujourd'hui devenue obsolète depuis la loi du 4 juillet 1984 qui permet à toute personne physique ou morale d'obtenir la révision des charges et conditions (article 900-4 du Code civil). Désormais, l'inaliénabilité perpétuelle frappant un bien peut donc être judiciairement levée. Il n'y a toutefois pas identité entre les dispositions de l'article 900-1 al.1 du Code civil et celles de l'article 900-4 du Code civil. Outre que leurs domaines d'application diffèrent, les deux mesures poursuivent des fins différentes : l'article 900-1 tend à remettre en cause une contrainte qui ne se justifie plus à la différence de l'article 900-2 dont le but est de sauvegarder l'exécution de la charge en vue de laquelle l'inaliénabilité avait été établie : v. T.G.I Paris, 14 déc. 1984, J.C.P. 1985, II, 20462, conclusions Boittiaux.

² En ce sens, P. Simler, loc. cit., n° 25 et 26 ; M. Morin, loc. cit., n° 14.

Il s'avère en effet que le juge judiciaire, après avoir longtemps été hostile à la stipulation d'inaliénabilité pour des raisons d'entrave à la circulation des biens¹, a modifié sa position par un arrêt du 19 octobre 1965². La Cour de cassation, dans cette espèce, reconnaît la validité d'une clause d'inaliénabilité³ grevant des immeubles transmis afin d'y aménager un hôpital dont l'entretien serait assuré par les revenus des fermes léguées. C'est le caractère d'utilité générale de la fondation qui sert de fondement à la décision de la Cour de cassation. En effet, de même que l'intérêt public justifie la prohibition absolue d'aliéner, ce même intérêt public est à même, selon la Cour de cassation, de servir de justification à l'inaliénabilité de biens affectés à l'intérêt général. L'utilité générale que postule la fondation suffit à légitimer l'atteinte à l'ordre public.

C'est sur le même fondement d'utilité sociale que la Cour d'appel de Paris a admis le 4 octobre 1971⁴ la licéité d'une clause d'inaliénabilité frappant pendant deux cent ans les biens donnés à un établissement hospitalier. Les juges d'appel ont relevé que la clause litigieuse était le meilleur moyen pour assurer à l'hospice, « un capital intact et susceptible de produire un revenu net et régulier ». L'affaire se présentait sur un jour un peu différent dans la mesure où les biens n'étaient pas affectés au fonctionnement d'un service déterminé de l'hôpital. Il ne s'agissait donc pas d'une fondation. Suivant les conclusions de M. Cabannes⁵, la Haute Juridiction n'a pas vu plus entre ces deux situations qu'une différence de degré.

185. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris, par une décision déjà évoquée, a repris implicitement le même raisonnement puisqu'à l'argumentation des héritiers selon laquelle le légataire ayant entendu créer une fondation, le domaine légué devait être frappé

¹ Voy. par ex., Req., 20 mai 1879, D.P. 1879, 1, 431 ; Paris, 25 fév. 1922, G.P. 1922, 1, 529 ; Limoges, 13 mai 1924, D.H. 1924, 589 ; Tribunal civil Périgueux, 6 mai 1957, D. 1958, somm., 2, et sur appel, Bordeaux, 8 juin 1959, G.P. 1959, 2, 239, D. 1959, somm., 113, J.C.P. 1960, II, 11638, note Y. Guyon, R.T.D.C. 1960, 143, obs. R. Savatier, R.T.D.C. 1961, 528, obs. R. Savatier.

² G.P. 1966, 1, 31, note P. Esmein, Rép. Déf. 1966, art. 28801, note J. Défrenois, R.T.D.C. 1966, 328, obs. R. Savatier, D. 1966, J., 245 et sur renvoi, Rennes, 27 juin 1966, D. 1967, J., 18.

³ Contre cette interprétation de l'arrêt, cf. P. Simler (loc. cit., n° 28) selon lequel « une inaliénabilité perpétuelle serait contraire à tous les principes du droit privé, qui ne fait aucune distinction entre personnes physiques et personnes morales en matière d'actes juridiques ». Pourtant, dans d'autres domaines, un traitement juridique différent a été appliqué aux personnes morales (H. Corvest, L'inaliénabilité conventionnelle, Rép. Déf. 1979, art. 32126).

⁴ G.P. 1971, 2, 813, D. 1972, J., 402, conclusions J. Cabannes.

⁵ Ibid.

d'inaliénabilité, elle répond que le legs litigieux constituait une libéralité avec charges et était donc aliénable¹.

186. Par la suite, la question de l'inaliénabilité s'est présentée devant les juridictions judiciaires sur le terrain de la révocation de la libéralité pour inexécution des charges. En effet, les établissements gratifiés ont bien souvent été obligés de modifier l'affectation prévue par le fondateur en bravant parfois l'interdiction d'aliéner un bien. Presque à chaque fois, les juges du fond ont repoussé l'action en révocation de la libéralité pour inexécution des charges en relevant que la cause déterminante de la libéralité était la réalisation de l'œuvre d'intérêt général, l'inaliénabilité frappant un bien n'étant qu'un moyen de réaliser cette œuvre et devait être réputée accessoire² et ce même si l'immeuble était affecté en nature³. La loi du 4 juillet 1984 relative à la révision des conditions et des charges apposées à certaines libéralités a d'une certaine manière mis un terme à cette jurisprudence en autorisant le juge saisi par le gratifié à autoriser l'aliénation des biens, objet de la libéralité, moyennant emploi du prix à des fins en rapport avec la volonté du disposant⁴ mais elle laisse entière la question de la validité de la clause d'inaliénabilité perpétuelle.

187. Jusqu'ici on a supposé que le fondateur avait expressément inclus dans la libéralité une clause d'inaliénabilité. En l'absence de clause expresse d'inaliénabilité, l'affectation de biens à une fondation emporte-t-elle l'inaliénabilité des biens ?

Pour certains, l'inaliénabilité « fait partie de la définition même de la fondation »⁵. C'est également ce qui peut être déduit de la formulation générale de l'arrêt du 19 octobre 1965 précité⁶.

Pourtant, la corrélation obligatoire entre l'affectation de biens et leur inaliénabilité est non seulement excessive mais inadéquate. Elle est *excessive* parce que l'affectation ne

¹ Cf. Paris, 17 avr. 1976, G.P. 1976, 2, 784, note G. Raymond.

² Cf. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1969, D. 1969, somm., 85.

³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1974, J.C.P. 1974, IV, 244, Bull. civ. I, n° 140, D. 1974, I.R., 182, G.P. 1974, 2, 633, note J. Viatte, R.T.D.C. 1974, 844, obs. R. Savatier. Ici, l'immeuble était affecté à l'hébergement d'un orphelinat.

⁴ Sur la révision des charges grevant la fondation, cf. infra, n° 609 et s.

⁵ R. Savatier, obs. à la R.T.D.C. 1960, 144.

⁶ « Qu'en refusant ainsi de reconnaître la validité d'une clause par laquelle le disposant affecte tout ou partie de ses biens à l'établissement d'une fondation présentant un caractère d'utilité générale, il (l'arrêt attaqué) a violé par fausse application le texte susvisé ».

suppose pas toujours l'inaliénabilité des biens. Elle ne s'impose, en fait, que lorsque le fondateur a exigé l'emploi « en nature » des biens légués ou donnés, ce qui recouvre, en fait, deux hypothèses : il se peut d'abord que le fondateur ait précisé que le bien devait être utilisé pour installer l'établissement (exemple d'un immeuble légué pour y fonder un orphelinat, un hôpital). Le fondateur peut également avoir légué des biens individualisés en stipulant que leurs revenus formeraient les ressources de l'œuvre à fonder¹. En revanche, lorsque le fondateur s'est contenté de stipuler qu'il disposait de ses biens afin qu'ils soient employés à une certaine fin, aucune obligation de conserver en nature les biens ne devrait s'imposer à l'accipiens. Dans ce cas, l'accipiens ne devrait être tenu que d'une obligation d'utiliser le prix provenant de l'aliénation des biens affectés à l'acquisition de nouveaux biens qui devront être affectés aux buts de la fondation.

La corrélation entre affectation et inaliénabilité est, en outre, *inadéquate* par ses résultats pratiques. L'espèce de 1965 en est l'illustration typique. En interdisant à la commune légataire d'aliéner les fermes, la Cour suprême rend l'exécution de la charge quasiment impossible. En effet, aucune ressource n'étant prévue pour créer et aménager l'hôpital, et la vente des fermes, que la commune envisageait pour remédier à cet oubli, lui étant interdite, la commune légataire en est réduite « soit à employer le revenu des fermes, non seulement à l'entretien, mais aussi à la création et à l'aménagement de l'hôpital, et alors celui-ci n'est pas près de fonctionner, ou bien à prendre à sa charge cette création et cet aménagement, mais on ne voit pas comment elle pourrait y parvenir, la dépense étant vraisemblablement au-dessus de ses moyens »².

188. L'affirmation du lien affectation-inaliénabilité est d'autant plus regrettable qu'elle n'était en rien inéluctable. Pour y remédier, il suffirait, en effet, de substituer à l'inaliénabilité en nature une inaliénabilité en valeur. Cette conception abstraite de l'inaliénabilité permettrait l'aliénation de biens sous condition de emploi³. Il y aurait inaliénabilité « en ce que les biens, dotant la fondation, lui sont indivisiblement et

¹ Dans l'espèce du 19 octobre 1965, l'inaliénabilité se déduisait de l'affectation des revenus des biens à la fondation (en ce sens, D. Berra, Le principe de libre disposition des biens en Droit civil, contribution à la notion d'indisponibilité juridique, thèse Nancy, dactylo, 2 vol., 1969, p. 217).

² J. Defrénois, note au D. 1966, J., 246.

³ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 252.

perpétuellement affectés »¹. Mais cela ne créerait aucun « obstacle à l'inaliénabilité individuelle d'un bien de la dotation, en vue d'un remploi de son prix aux mêmes fins »².

Bien entendu, cette inaliénabilité, qui porterait sur la valeur abstraite des biens, devrait n'être admise que pour les biens utilisés comme dotation de la fondation³ et non pour ceux destinés à l'installation de l'établissement⁴.

L'application de la subrogation réelle aux fondations pourrait fournir une solution d'application plus générale⁵. Elle présente l'avantage de se produire en l'absence même de stipulation d'inaliénabilité par le fondateur. Dans cette hypothèse, « les applications de la subrogation s'élargissent, car les biens grevés de fondation ne sont pas nécessairement frappés d'inaliénabilité »⁶. Mais l'affirmation suppose que l'on adhère à une conception extensive de la subrogation réelle, car, en l'hypothèse, aucun texte de loi ni même aucune manifestation de volonté⁷ n'ont envisagé de subroger un bien à un autre. Selon cette conception⁸, la subrogation se produit dans deux cas, soit lorsque les biens ont une affectation spéciale⁹, soit lorsqu'il s'agit d'assurer la restitution d'une masse de biens. La fondation formant un patrimoine d'affectation¹⁰ séparé du reste des biens du fondateur¹¹ constituerait une application de la première hypothèse.

¹ R. Savatier, obs à la R.T.D.C. 1972, 426.

² R. Savatier, obs à la R.T.D.C. 1972, 426.

³ En ce sens, R. Savatier, obs. à la R.T.D.C. 1972, 426 ; D. Berra, thèse préc., p. 218.

⁴ Sur les difficultés que peut soulever le mécanisme du remploi, cf. D. Berra, thèse préc., p. 219.

⁵ En ce sens, A. Henry, De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse Paris, 1913, p. 250 et s.

⁶ H. Capitant, Essai sur la subrogation réelle, R.T.D.C. 1919, p. 401.

⁷ Sur la manifestation de volonté requise, cf. M. Lauriol, La subrogation réelle, thèse Alger, 1952, tome 2, n° 612 et s. Dans le domaine des libéralités avec charges, la décision spéciale de subrogation doit recueillir le consentement du gratifiant ou de ses héritiers ainsi que celui du gratifié ou de ses héritiers : voy. par ex., Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185, note R. Saleilles, (à propos d'une action en révocation d'une libéralité pour inexécution des charges) ; Civ., 1^{er} août 1910, S. 1913, 1, 361, note L. Hugueney ; Req., 10 janv. 1923, S. 1924, 1, 341 (2^{ème} arrêt) (à propos d'une action en reprise des biens donnés ou légués à des congrégations dissoutes).

⁸ Les tenants de cette conception dualiste des buts de la subrogation réelle sont essentiellement : R. Demogue, Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, Rev. crit. lég. Jur. 1901, p. 236 et s., p. 295 et s., p. 346 et s. ; A. Henry, De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse Nancy, 1913.

⁹ Saleilles (note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 185) ira même jusqu'à en faire le fondement d'un principe général de subrogation.

¹⁰ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 252.

¹¹ V. H. Capitant, loc. cit., p. 403.

Toutefois, cette opinion est loin de faire l'unanimité en doctrine. Une objection d'ordre général a pu être émise¹. Elle porte sur l'exactitude de l'opposition entre affectation et restitution² et sur l'insuffisance de la notion d'affectation, laquelle, entendue dans un sens précis, se révèle à l'usage trop étroite pour rendre compte de tous les buts que la subrogation perpétue³ et dans une acception élargie, devient trop imprécise⁴.

Plus gravement, le lien entre affectation en valeur et inaliénabilité en valeur établi par Saleilles⁵ a été réfuté. Pour Saleilles⁶, en l'absence de disposition expresse, l'affectation de biens devrait être interprétée comme supposant une affectation en valeur et une inaliénabilité en valeur (c'est-à-dire une subrogation réelle). Saleilles fonde la corrélation affectation en valeur-inaliénabilité en valeur sur l'idée que l'inaliénabilité en nature est trop contraire aux principes de notre Droit pour être présumée. Pour M. Lauriol, Saleilles confond, ce faisant, affectation en nature et inaliénabilité en nature et affectation en valeur et inaliénabilité en valeur⁷. Selon cet auteur, aucune règle de principe ne peut être posée en la matière, tout est affaire d'espèce et se résout en une analyse de la volonté du disposant⁸.

En réalité, ces deux positions pourraient être conciliées. Pour cela, il suffirait de décider que l'existence d'une affectation en valeur est le signe de la volonté implicite du testateur de faire jouer la subrogation réelle⁹. De ce fait, lorsque le testateur affecte des biens au fonctionnement de l'œuvre d'intérêt général, il y a manifestement affectation en valeur, dont il est possible de déduire la volonté du fondateur de faire jouer la subrogation réelle.

¹ V. M. Lauriol, thèse préc., tome 2, n° 412 et s.

² Ibid., n° 412 à 417. M. Lauriol fait principalement valoir que l'opposition des restitutions aux affectations repose sur une comparaison entre les buts qui rendent la subrogation désirable et les moyens techniques auxquels la réalisation de la subrogation réelle est subordonnée. Selon cet auteur, en effet, les caractéristiques des cas de restitution sont tirées de l'analyse de l'action en revendication. Or, ces caractéristiques sont d'ordre technique. Voy. également, V. Ranouil, La subrogation réelle, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 187, 1985, préface P. Malaurie, p. 66. Pour cet auteur, la subrogation réelle n'est pas un principe général mais un procédé casuel.

³ V. M. Lauriol, thèse préc., n° 419 à 422.

⁴ Ibid., n° 423 à 426.

⁵ Note sous Dijon, 30 juin 1893 préc. et sous Cass. 29 avr. 1901, S. 1903, 1, 321.

⁶ Note sous Dijon, 30 juin 1893 préc.

⁷ M. Lauriol, thèse préc., tome 2, n° 456 et 457. Dans le même sens, cf. S. Guinchard, thèse préc., n° 355, pour lequel Saleilles confond « le but de l'affectation et ses moyens, sa technique ; une chose est l'affectation en valeur, autre chose la technique utilisée pour arriver à réaliser le but poursuivi ».

⁸ M. Lauriol, thèse préc., tome 2, n° 458. Voy. également, J.F Barbiéri, thèse préc., p. 331, 332 et 444.

⁹ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 355.

La subrogation réelle serait en revanche exclue lorsque la charge imposée par le disposant est liée au bien donné ou légué considéré dans son individualité matérielle. Il en irait ainsi, par exemple, lorsque le disposant a entendu que l'école dont il a ordonné la création soit fondée dans l'immeuble qu'il a légué et auquel il est sentimentalement attaché. Au contraire, lorsque l'immeuble n'a été envisagé que comme le moyen de parvenir à la création de l'école, non seulement l'aliénation de l'immeuble n'est pas interdite, mais le nouveau bien acquis en remploi sera, comme le précédent, affecté à la création de l'école.

Toujours est-il qu'à l'heure actuelle la subrogation réelle n'est pas admise par la jurisprudence en dehors d'un texte ou d'un accord de volonté, même tacite. Aussi, la jurisprudence a-t-elle décidé, à l'occasion d'actions en révocation pour inexécution des charges, que les héritiers ne pouvaient pas réclamer les biens acquis en remplacement des biens originairement aliénés¹.

Comme l'application de la subrogation réelle aux fondations n'est pas encore tolérée par le Droit positif, la corrélation entre affectation obligatoire et inaliénabilité pose plus de difficultés qu'elle n'en résout. L'affirmation se doit néanmoins d'être nuancée dans la mesure où la loi du 4 juillet 1984 relative à la révision des conditions et charges apposées à certaines libéralités² permet au gratifié confronté à un changement de circonstances rendant l'exécution de la charge extrêmement difficile ou sérieusement dommageable de saisir le juge aux fins d'être autorisé à aliéner le bien stipulé inaliénable (article 900-4, al. 2 du Code civil).

D'ici à conclure à l'inutilité de l'application de la subrogation réelle aux fondations, il y a un pas trop vite franchi. D'abord, parce que le mécanisme institué par la loi du 4 juillet 1984 s'éloigne sensiblement du modèle de la subrogation réelle³. Ainsi, le maintien de l'affectation originaire sur le bien nouveau ne s'impose pas au juge, qui peut fort bien ordonner une affectation nouvelle, sous la réserve que le prix provenant de l'aliénation du bien soit employé « à des fins en rapport avec la volonté du disposant ». Dans cette

¹ Cf. Civ., 1^{er} août 1910, S. 1913, 1, 361, note L. Hugueney.

² Sur la révision de la charge de fondation, cf. infra, n° 609 et s.

³ En ce sens, B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 44, qui parle de « subrogation formelle » en ce qu'« aucun des trois éléments de la subrogation réelle n'est invariable, seule est constante la forme qui les assemble ». On remarquera que le mécanisme de la révision permet d'aller plus loin que la subrogation réelle en ce qu'il autorise l'aliénation d'un bien considéré par le testateur dans son individualité matérielle, c'est-à-dire auquel le testateur attachait un intérêt sentimental.

hypothèse, la révision des charges permise par la loi du 4 juillet 1984 apparaît alors comme un obstacle au fonctionnement des fondations.

La technique de la révision n'a ensuite vocation à porter remède qu'à des situations extrêmes résultant d'événements non imputables au gratifié. Ainsi s'explique que le bénéfice de la révision soit subordonné au caractère extrêmement difficile ou sérieusement dommageable que l'exécution présenterait pour le gratifié. Le changement d'objet de la libéralité ne pourrait donc être ordonné que dans des hypothèses exceptionnelles.

L'exigence d'un changement de circonstances *postérieur* à l'acceptation de la libéralité et rendant le service de la charge extrêmement difficile ou sérieusement dommageable pour le gratifié procède du même souci. Or, il peut se trouver des situations dans lesquelles la difficulté d'exécution de la charge n'a pas pour origine une détérioration du contexte économique ou social existant au jour de la libéralité. Ainsi, dans l'espèce précédemment évoquée de 1965 aucune circonstance de cet ordre n'avait pu être relevée. De ce fait, la déspecialisation du revenu des fermes opérée de son propre chef par la commune donataire n'aurait pas pu être ordonnée par le juge sur le fondement de l'actuel article 900-4 du Code civil. On s'aperçoit alors que l'application de la subrogation réelle aux fondations conserve une utilité certaine.

189. Il est de fait que la corrélation précédemment dénoncée entre fondation et inaliénabilité n'a été établie que pour les libéralités adressées à une personne morale. Or, nous avons vu que l'acte de fondation pouvait se couler dans le moule de l'acte à titre onéreux lorsqu'il était exécuté par une personne morale agissant en dehors de ses attributions. Si l'onérosité de l'acte empêche que l'on établisse un rapport obligatoire entre l'affectation de biens et leur inaliénabilité, rien n'interdit au fondateur d'inclure dans son acte une clause d'inaliénabilité. Il faut donc envisager la validité de cette stipulation.

Comme la loi du 3 juillet 1971 n'a pas entendu régir les clauses d'inaliénabilité incluses dans un acte à titre onéreux, la jurisprudence qui s'était formée antérieurement conserve toute sa valeur. Selon celle-ci, la validité de la clause d'inaliénabilité est, comme pour les libéralités, subordonnée à l'existence d'un intérêt sérieux et légitime et à son caractère temporaire. La temporalité de la stipulation d'inaliénabilité paraît former un obstacle sérieux à la validité de cette clause. En effet, la Cour de cassation décide qu'une inaliénabilité stipulée pour la vie du donataire est perpétuelle et donc nulle, d'une nullité

d'ordre public¹. L'intérêt sérieux et légitime dont pourrait se prévaloir l'accipiens ne peut donc empêcher l'annulation de la clause. La nullité de la clause d'inaliénabilité perpétuelle n'entraîne pas, pour autant, systématiquement celle de l'acte principal. La jurisprudence distingue selon que la clause est ou non la cause impulsive et déterminante de la disposition. Réputée non écrite si elle n'est pas la cause de la disposition, la clause d'inaliénabilité entraîne la nullité de l'acte en entier dans le cas contraire².

*

* *

190. Tout au cours de ce chapitre, nous avons pu constater combien étaient grandes les difficultés rencontrées par le disposant qui aspire à créer une fondation gérée par une personne préexistante. Le fondateur doit, en effet, s'assurer de l'aptitude de l'organisme récipiendaire à donner aux biens la destination voulue, ce qui suppose la vérification de sa spécialité et de sa pérennité. La création d'une fondation autonome c'est-à-dire d'une personne morale nouvelle vouée à la réalisation de la tâche d'intérêt général spécifiée par le fondateur permet d'échapper à ces difficultés puisque, par hypothèse, il n'y a pas d'organisme intermédiaire. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que la technique d'affectation par création d'une personne morale nouvelle soit plus aisée. Nous verrons, en effet, que si les difficultés juridiques soulevées par la création d'une fondation autonome sont de nature différente, elles n'en sont pas moins réelles.

¹ V. Civ., 24 janv. 1899, Rép. Déf. 1899, art. 10627, D. 1900, 1, 533, S. 1900, 1, 342 ; Req., 19 mars 1877, D. 1879, 1, 455.

² Sur ce point, la jurisprudence a été appelée à statuer en matière de clause d'inaliénabilité insérée dans des libéralités. Pour des exemples, cf. supra, n° 186.

CHAPITRE II- AFFECTATION DE BIENS PAR CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE.

191. L'affectation de biens par la création d'une personne morale nouvelle est le procédé créateur de fondations le plus achevé. Peut-être parce que la personne morale répond, sinon le mieux, en tout cas plus complètement que le procédé du legs sub modo, au besoin de l'homme de se survivre. Diverses autres motivations peuvent inciter le disposant à envisager la création d'une personne morale nouvelle. Pendant longtemps, la volonté de voir un établissement nouveau porter son nom a été une considération importante dans le choix du fondateur. Comme la loi permet, aujourd'hui, dans certaines conditions, à une œuvre non personnalisée de porter la dénomination de fondation avec le nom de son créateur (article 20 alinéa 1 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée), cette considération devrait avoir moins d'importance dans l'esprit du fondateur. Plus vraisemblablement, il peut arriver qu'aucun établissement préexistant ne réponde aux desiderata du fondateur ou que ce dernier souhaite que l'œuvre projetée soit gérée dans un certain esprit.

192. La création d'une personne morale nouvelle pour recevoir les biens et leur donner la destination voulue par le fondateur a alimenté bien des débats sur la réalité de la personne morale ainsi créée. Partant, la personnalité morale ne serait qu'un artifice recouvrant, en réalité, « un patrimoine sans sujet, impersonnel » se soutenant par « l'affectation unique cimentant ses éléments »¹. Cette thèse, qui s'appuie sur la théorie d'origine allemande du patrimoine d'affectation ou théorie du patrimoine-but « Zweckvermögen », fonde la cohésion des biens sur la notion d'affectation et non sur celle de personnalité². Ainsi, selon Brinz, « une chose peut ne pas appartenir à quelqu'un

¹ J. Carbonnier, Droit civil, tome 1, Les personnes, 3^{ème} éd., 1962, n° 85.

² La théorie des patrimoines sans sujet a eu peu de succès en France. Elle eut cependant la faveur de L. Duguit (L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901) et de G. Plasterer (La notion juridique de patrimoine, thèse Paris, 1903, p. 82 et s.).

mais aussi à quelque chose »¹. Elle appartient à son but, à son objet. En d'autres termes, le patrimoine peut se définir comme un ensemble de biens affectés à une destination particulière. Le seul constat de l'affectation suffirait pour reconnaître à la masse de biens une puissance juridique, une capacité. A cela, il² a été justement objecté qu'une masse de biens est, en elle-même, inerte. Il faut une personne pour l'animer. D'où la tentation de certains de faire de la masse de biens un sujet de droit. Ainsi, par la vertu de son affectation, le patrimoine serait érigé en personne morale.

Une telle théorie, si séduisante au premier abord, ne peut faire oublier qu'une masse de biens ne peut être objet et sujet de droit. Il est, en effet, impossible de concevoir un droit sans sujet³. De plus, la qualité de sujet de droit suppose une volonté qui ne peut être attribuée à une chose.

193. Pour échapper à ce dilemme, Bekker⁴ propose de distinguer dans la notion de sujet de droit, la disposition qu'il appelle *Verfügung* et la jouissance. Partant du constat que les êtres humains incapables de vouloir comme l'enfant ou le dément sont cependant sujets de droit, il en déduit que la titularité de droits ne suppose pas toujours la volonté⁵. Dès lors, l'animal, la chose inerte comme l'enfant et le dément ont, à défaut du droit de se comporter en maître, la jouissance du droit c'est-à-dire le droit de jouir des avantages qu'il comporte. Mais ce serait une erreur de conclure qu'il y a identité entre le fou et l'enfant d'une part, et l'animal et la chose d'autre part, car si « l'animal et la chose inerte manquent totalement de la faculté de comprendre et de vouloir », l'enfant et le dément en disposent même si elle

¹ Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 3^{ème} éd., vol. 1 et 3 et en particulier, vol. 1, § 59 et s. ; vol. 3, § 432 et s. ; thèse exposée par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 17.

² H. Gazin, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 431 ; voir également, J. Dabin, op. cit., p. 159 pour lequel, « le patrimoine de la fondation, envisagé en lui-même, ne cesse pas, malgré l'affectation dont il est grevé et le rôle qu'il joue dans le système, d'être une chose, une masse inerte et passive, un pur instrument, donc un *objet* de droit » (souligné dans le texte).

³ Cf. L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 19 ; A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 429. Dans une autre variante proposée par Dugué, le droit subjectif est détaché de la notion de sujet. Le concept de droit subjectif est remplacé par celui de situation juridique subjective, laquelle est définie, par cet auteur, comme un pouvoir appartenant à une volonté quand il est conforme à la règle de droit (L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 20 et s.).

⁴ *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und actiengesellschaften*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, tome 4, 1861 ; thèse exposée par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 18. En France, le thème a été repris par Demogue, *La notion de sujet de droit, Caractères et conséquences*, R.T.D.C. 1909, p. 611 et s.

⁵ Poussée à l'excès la théorie volontariste du sujet de droit a conduit certains à faire du représentant de l'incapable le véritable sujet de droit : v. E. Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig, 1905, exposé par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 74-C.

est très faible¹. Il n'en reste pas moins que l'idée d'une volonté existant en germe se heurte au constat que les manifestations issues d'une volonté incomplète ne sont pas prises en compte par le Droit objectif, qui ne leur fait produire aucun effet².

194. Aussi, par la suite, la doctrine allemande s'est-elle attachée à démontrer l'existence de la volonté chez les personnes morales.

Mettant à contribution les enseignements de la sociologie, la théorie organique allemande a comparé les groupements humains à des organismes biologiques³ ou s'est appliquée à démontrer que la réunion des volontés individuelles formait un tout organique (Willenstheorie⁴ ou théorie de la volonté). Pour permettre au phénomène collectif de pénétrer dans l'ordre juridique, Hauriou a également repensé la notion de volonté : selon lui, la volonté de l'homme n'est prise en considération par le droit que dans ses manifestations extérieures, c'est-à-dire dans « une série de volitions présentant certaines qualités d'autonomie, de raison pratique et constituant l'attitude extérieure de l'homme »⁵. Gorovtseff⁶ fait également du concept de volition l'instrument de définition du droit subjectif. Selon lui, pour rendre les théories de la volonté compatibles avec la titularité des droits subjectifs par l'infans, les incapables et les personnes morales, seules les volitions c'est-à-dire la volonté manifestée et détachée de son support matériel ont vocation à la qualité de sujet de droit. Appliquée aux fondations, ces théories ont en commun de faire de la volonté du fondateur, détachée de ce dernier et cristallisée dans son œuvre, le sujet de

¹ En ce sens, A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 428.

² En ce sens, L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 46.

³ Cf. R. Worms, *Organisme et société*, Paris, 1896 ; Michoud (op. cit., n° 35) faisait d'ailleurs remarquer qu'il existe entre la volonté du groupe et celle de l'être humain une différence de nature fondamentale, car « la volonté de l'individu est une détermination libre qui lui appartient en propre... ; celle du groupe n'est qu'une résultante des volontés des individus ; dans le processus qui aboutit à la former, il n'y a rien d'autre que ces volontés » (souligné dans le texte).

⁴ Théorie élaborée par Zitelmann et exposée par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 36 et s. ; v. également, Gierke, *Juristische Person*, in *Holtzendorffs Rechtslexikon*, 2^{ème} éd., Leipzig, 1875 ; thèse exposée par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 32.

⁵ De la personnalité morale comme élément de la réalité sociale, *Rev. crit. lég. Jur.* 1898, p. 5-23 et p. 119-140. Ce qui l'amènera à conclure que « sur cette physionomie agitée tumultueuse qu'est la face volontaire de l'homme, le droit a appliqué un masque immobile » (loc. cit., p. 19). Ainsi, dans la théorie d'Hauriou, « la volonté s'y présente de façon éclatée, fragmentaire, contrastant avec le dogme de l'unité de la personne humaine » (F. Linditch, thèse préc., p. 39). On remarquera que pour Hauriou, la volonté n'est pas l'unique composante du droit subjectif ; il faut la compléter par l'idée d'œuvre autour de laquelle l'auteur a d'ailleurs construit sa célèbre théorie de l'institution. En cela, la théorie d'Hauriou a pu être rapprochée de la théorie de l'intérêt juridiquement protégé de Ihering (en ce sens, F. Linditch, thèse préc., p. 40).

⁶ A. Gorovtseff, *La lutte autour de la notion de sujet de droit*, R.T.D.C. 1926, p. 881 et s.

droit.

En cela, elles sont des plus contestables, car une volonté ne peut être douée d'une vie autonome¹.

195. En réalité, toutes les théories précédemment exposées pèchent par leur postulat de départ c'est-à-dire par la définition du droit subjectif en un pouvoir attribué à la volonté. Aussi, pour échapper à la critique, Ihering nie-t-il à la volonté sa qualité d'élément essentiel du droit subjectif. Selon lui, la substance du droit subjectif consiste dans l'intérêt juridiquement protégé². Dans cette optique, la personne morale réalise un artifice qui représente les buts et les intérêts des membres qui la constituent. Ainsi, dans les fondations, les véritables sujets de droit sont les bénéficiaires de la fondation. Tout comme Ihering, Michoud³ refuse de voir dans la volonté le seul élément du droit subjectif. Selon lui, en effet, les théories précédentes ont commis l'erreur de n'exprimer que le résultat produit par le Droit subjectif, à savoir la puissance accordée à une volonté légalement exprimée, sans en rechercher le fondement.

Cependant, l'auteur se sépare de Ihering en ce qu'il refuse de n'accorder à la volonté aucune place dans la définition du Droit subjectif. Aussi, la prise en compte de la volonté l'amène à poser la définition suivante du droit subjectif : celui-ci est « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre »⁴. Dans cette conception, le titulaire du droit et la volonté à laquelle est reconnu le pouvoir d'agir peuvent être dissociés. En fait, il

¹ En ce sens, Michoud, op. cit., tome 1, n° 37, car si le sujet de droit était la volition, cela reviendrait à multiplier les sujets de droit. De plus, la volonté n'a de force que comme faculté de vouloir : A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 436 ; M. de Vareilles-Sommières, op. cit., n° 1467. Comp. J. Dabin, op. cit., p. 157, qui fait valoir que la volonté du fondateur ne peut avoir la qualité de sujet de droit, car le fondateur s'est dessaisi de la propriété des biens affectés et R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théories, op. cit., p. 597 et s., qui considère qu'il existe en matière de fondation une volonté vivante, qui a pour objet de réaliser le but de la fondation.

² R. Von Ihering, L'esprit du droit romain, trad. O. de Meulenaere, tome 4, 3^{ème} éd., 1888, p. 315 et s.

³ L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 45 et s. On a pu dire de la théorie de Michoud qu'elle a été amenée à étendre la notion de droit subjectif pour intégrer le phénomène collectif dans l'ordre juridique : v. F. Linditch, thèse préc., p. 257.

⁴ Ibid, n° 48, p. 107. On notera que l'intérêt protégé évoqué par Michoud est l'intérêt protégé par le Droit naturel. Ainsi, pour Michoud, « un intérêt juridiquement protégé c'est à nos yeux un intérêt protégé par le droit objectif et il n'est nullement nécessaire d'entendre par là un intérêt protégé par le droit positif. Pour notre part nous voyons dans l'Etat l'interprète et non le créateur du droit. Celui-ci existe en dehors de lui » (ibid, n° 50).

Il n'y a donc pas lieu de craindre l'arbitraire de l'Etat dans la détermination des intérêts méritant d'être individualisés : en ce sens, J. Belin, Recherches sur la notion d'utilité publique en Droit administratif français, Dalloz, 1933, p. 27.

faudrait distinguer le droit subjectif de son exercice, la volonté n'intervenant qu'au stade de la mise en œuvre du droit subjectif¹.

Ainsi, en matière de fondations, les deux éléments du droit subjectif sont séparés. Tandis que l'intérêt protégé est celui du groupement humain constitué par l'ensemble des destinataires de la fondation (c'est-à-dire des personnes aux besoins desquels la fondation est destinée à satisfaire)², la volonté réside, elle, dans « l'organisme créé à l'effet d'administrer la fondation »³.

196. Le mérite de Michoud est d'avoir pressenti que les personnes morales sont des réalités du monde juridique c'est-à-dire des réalités techniques et non des produits de la nature, préexistants au Droit⁴. Le débat sur la nature juridique de la personne morale a en effet été longtemps obscurci par la conception jusnaturaliste du sujet de droit, issue de la philosophie libérale et individualiste du 19^{ème} siècle. Et même si la parenté entre la théorie de la réalité technique et celle de la fiction est patente⁵ puisque ces deux conceptions font de la personnalité morale un procédé technique de pure opportunité destiné à atteindre des

¹ Dans ce sens, cf. R. Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, op. cit., p. 544, qui fait état de « maîtrise virtuelle ». Rapp. Dabin, op. cit., p. 76 et s. qui conçoit que la maîtrise, qui est défini par l'auteur comme un pouvoir de choisir, est indépendante de son exercice actuel. Pour Dabin, le pouvoir de choisir et d'agir que confère le droit subjectif présente donc un caractère virtuel. Ainsi, l'appartenance et la maîtrise sont pour lui les deux composants du droit subjectif. Ces deux éléments sont indissociables, l'appartenance ayant pour conséquence logique la maîtrise (J. Dabin, op. cit., p. 92). Le droit subjectif se traduit donc par l'appartenance des choses, c'est-à-dire ce que l'auteur appelle « l'avoir » et la maîtrise consécutive à cet avoir c'est-à-dire la faculté de disposer librement de la chose. Et, la maîtrise peut n'être que virtuelle.

Pour une critique de cette distinction du droit en lui-même et de son exercice, cf. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 321 et s. Celui-ci fait valoir à l'encontre de la théorie de Dabin que le recours à la notion de maîtrise virtuelle tend à réduire singulièrement la portée de l'idée que la liberté de décider, laquelle suppose une aptitude à vouloir, est une composante du droit subjectif (thèse préc., n° 322).

² L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 77, p. 213.

³ Ibid. n° 77, p. 214.

⁴ Dans le même sens, Jellinek in L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 43 et s. A la suite de Michoud la majorité de la doctrine a adopté cette position : cf. par ex., J. Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr., p. 141 et s. ; J. Foyer, *La personnalité morale et ses limites*, in *Etudes de droit comparé, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris*, 1960, tome 18, p. 113 et s. ; J.P. Gastaud, thèse préc., n° 8 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 1, préface G. Marty, 1957, p. 382 et s. ; J. Paillusseau, *Le droit moderne de la personnalité morale*, R.T.D.C. 1993, p. 705 et s. et spéc., n° 12. Dans le même sens, on a pu remarquer que c'est la référence à la réalité matérielle c'est-à-dire l'assimilation à une personne biologiquement et philosophiquement parlant qui a fait considérer la personne morale comme une fiction. Le changement de critère c'est-à-dire le choix de se référer à la réalité juridique c'est-à-dire à la notion juridique de sujet de droit a permis de donner naissance à la théorie de Michoud (A-M Leroyer, thèse préc., tome 1, n° 38) ; cf. dans le même sens, G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., tome 253, 1997, préface J. Amiel-Donat, n° 213.

⁵ Contra, G. Wicker, thèse préc., n° 248, qui refuse de qualifier la personnalité morale de fiction.

résultats socialement jugés souhaitables, la conception instrumentale de la personne morale est la seule à même de révéler l'essence véritable du sujet de droit.

En ce sens, la théorie de la réalité technique de Michoud paraît fondée. Mais on ne peut suivre cet auteur dans sa tentative de faire des fondations des groupements humains constitués par les bénéficiaires de la fondation¹, ce en raison de l'indétermination de ces derniers. Au surplus, les destinataires de l'activité de la fondation peuvent s'étendre à l'humanité entière. Il en est ainsi par exemple des fondations qui se consacrent à la recherche médicale ou scientifique ou qui sont vouées à la protection du patrimoine culturel ou artistique d'un Etat.

En outre, l'affirmation de Michoud ne vaut au plus que comme pétition de principe dans la mesure où les membres du groupement permanent caractérisé par l'auteur ne disposent d'aucune des prérogatives juridiques qui sont en principe inhérentes à cette qualité. Ainsi, en aucun cas, ils n'ont le droit d'influer sur la destinée de la fondation et n'interviennent pas dans les décisions de gestion de la personne morale. Les bénéficiaires de l'activité de la fondation sont toujours extérieurs à la structure de la fondation et se contentent de recueillir, de manière passive, les fruits de son activité c'est-à-dire les utilités procurées par le patrimoine affecté². Et à titre de comparaison, personne n'oserait prétendre que les bénéficiaires de l'activité d'une association à but désintéressé sont des membres de la personne morale.

197. De la même façon, il est difficile d'admettre que le groupement humain est formé par les volontés réunies pour administrer la fondation³, car l'activité de la fondation n'est pas l'expression des volontés des administrateurs. Ces derniers sont, en effet, liés par la volonté du fondateur telle qu'exprimée dans les statuts. En ce sens, ils se présentent

¹ Comp. M. de Vareilles-Sommières, op. cit., n° 1470 et s., qui voit dans les bénéficiaires de la fondation c'est-à-dire dans tous ceux susceptibles de tirer profit un jour des services de la fondation les propriétaires de la fondation. Il admet même que ces bénéficiaires peuvent se confondre avec l'humanité.

² Rapp. J. Dabin, op. cit., p. 157, qui fait remarquer que les destinataires de la fondation ne peuvent être les sujets de droit de la fondation, car ils n'ont « en cette qualité, sur le patrimoine de la fondation, à titre de propriété, ou à l'encontre de la fondation, à titre de créanciers, aucun droit défini ». Dans le même sens, R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théories, op. cit., p. 425 et s.

³ La thèse qui entend personnifier les administrateurs de la fondation fut soutenue notamment par Gierke (ouvrage précité) et par Ferrara (pour un exposé de la thèse de Ferrara, cf. L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 74 A et 74 B). V. également la théorie assez proche de Hölder, théorie de la personnalité de fonction, (thèse exposée notamment par R. Saleilles, op. cit., p. 485 et s. et par L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 74 C) selon laquelle le sujet de droit de la fondation serait l'organisme de gestion, propriétaire sous condition d'affectation au but déterminé par le fondateur.

comme de simples agents d'exécution de la volonté du fondateur¹. Pas davantage, il n'est permis de soutenir que l'Etat est le sujet juridique de la fondation². Cette opinion prend appui sur la participation de l'Etat à la vie de la fondation. Celui-ci exerce un contrôle sur les fondations à tous les stades de la vie de la personne morale de sa naissance (droit d'autorisation) à sa mort (droit de dissolution). Toutefois, ces pouvoirs s'expliquent non par la qualité de propriétaire de l'Etat³ mais par celle de tuteur des fondations.

198. Aussi, il paraît difficile de faire reposer la fondation sur un groupement humain. Dès lors, la fondation ne peut être qu'une personne morale *fictive*. Comme il ne semble pas possible de personnaliser le patrimoine, le sujet de droit ne pouvant être en même temps objet de droit, il est plus réaliste de faire du but d'intérêt général le sujet de droit⁴ même si un tel sujet est fictif⁵. En effet, la personnalité juridique n'est accordée à la fondation qu'en raison de l'affectation de biens à la réalisation d'une idée. Le patrimoine n'est qu'un moyen⁶ et ne saurait constituer l'élément essentiel de la personne morale¹.

¹ En ce sens, J. Dabin, op. cit., p. 157.

² Pour les tenants de cette position, cf. L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 77. Vareilles-Sommières faisait remarquer à ce propos que cette théorie revient à bouleverser la classification entre établissements d'utilité publique et établissements publics et qu'en outre, elle légitimerait la captation des biens des fondations par l'Etat (op. cit., n° 1473 et s.).

³ Sur l'incidence de la théorie de l'Etat cofondateur sur le sort des biens affectés à des fondations religieuses lors de la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat, v. P. Lerebours-Pigeonnière et L. Julliot de la Morandière, notes parlementaires, R.T.D.C. 1908, p. 166 et s. et spéc., n° 21 et s.

⁴ Savigny fait reposer la personnalité morale de la fondation sur « une abstraction personnifiée, une œuvre d'humanité qui doit s'accomplir dans un certain lieu, d'après un certain mode et par des moyens déterminés (Savigny, Traité de droit romain, tome 2, p. 242, note 1, repris par L. Michoud, op. cit., tome 1, p. 212). Contra, J. Dabin qui tout en identifiant le sujet de droit de la fondation à « l'organisme complet de la fondation, personnel et capital, au service du but » (op. cit., p. 161) refuse de voir dans ce dernier un sujet de droit purement fictif. Cette conclusion est d'ailleurs en harmonie avec les conditions auxquelles il subordonne la qualité de sujet de droit c'est-à-dire « un but à atteindre, incarné dans une organisation *ad hoc*, capable d'assumer les droits et les obligations et de poser les actes prescrits par la réalisation du but » (op. cit., p. 163). Rapp. R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théories, op. cit., pour lequel « l'on doit reconnaître que tout organisme patrimonial affecté à un but idéal et doué d'un organe de représentation et d'administration qui en réalise l'affectation, dès lors qu'il se présente comme exerçant une fonction collective et sociale, conforme aux usages et aux conceptions juridiques d'un pays, constitue un sujet de droit ».

⁵ Il faut bien reconnaître qu'avec cette identification du sujet de droit on rejoint la théorie des patrimoines sans sujet en ce que le but auquel les biens sont affectés sert de sujet à la fondation.

⁶ En ce sens, J. Paillusseau, loc. cit., n° 19. Selon ce dernier auteur, la personnalité morale n'est plus l'émanation d'un groupement de personnes mais est devenue « le moyen de l'expression juridique de ce qu'entreprennent aussi bien des personnes indépendantes que des groupements de personnes » (loc. cit., n° 18, p. 711). Ainsi, l'existence de la personne morale aurait pour origine le besoin de donner une autonomie à l'activité entreprise par une personne ou un groupement de personnes (J. Paillusseau, Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, D. 1997, chr., p. 97 et s. et spéc., n° 68). S'il est incontestable que la personnalité morale tend à apparaître de plus en plus souvent comme une technique juridique tendant à permettre l'exercice d'une activité, il n'empêche que la fondation présente une spécificité marquée par

199. Il n'est toutefois pas possible de trouver confirmation de la personnalité-fictive de la fondation² dans la jurisprudence qui ne s'est, semble-t-il, jamais prononcée sur le substratum de la fondation-personne morale. Mais il est fort douteux que la fondation puisse être regardée comme « un groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites » selon la fameuse formule de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1954³. Le groupement visé par la Cour suprême s'entend en

rapport aux autres personnes morales en ce qu'il est impossible de rattacher la propriété des biens affectés à une personne (comme dans l'E.U.R.L) ou à un groupement de personnes.

¹ Le sujet de droit ainsi caractérisé semble faire entrer les fondations dans la catégorie des « établissements » par opposition à celles des corporations. La notion d'établissement s'entend en effet des personnes morales qui n'ont pas de membres et qui vivent grâce à une affectation de biens. Cette distinction a pu être proposée pour fonder le classement des établissements publics (L. Constans, *Le dualisme de la personne morale en droit français*, préface J.M Auby, Dalloz, 1966), mais elle n'a pas prospéré, car elle n'est pas à même de rendre compte des solutions du droit positif.

² Comp. J. Hamel, loc. cit., p. 141, qui remarque « c'est sans doute cette impossibilité de constituer une personne morale de droit privé en dehors d'un groupement de personnes physiques qui a toujours empêché notre droit français de tirer du concept de fondation toutes les conséquences pratiques qu'aurait imposées la logique ». V. également, G. Wicker, thèse préc., n° 225, pour lequel c'est la valeur symbolique de la personnification qui est à l'origine de la réticence du droit positif à personnifier les fondations.

³ D. 1954, J., 217, note G. Levasseur, J.C.P. 1954, II, 7978, conclusions Lemoine, *Droit social* 1954, 161, note P. Durand, G.A n° 16. L'arrêt s'est prononcé pour la personnalité morale du comité d'établissement. Plus tard, la Cour suprême a affirmé la personnalité morale de la masse de la faillite (Com., 17 janv. 1956, D. 1956, J., 265, note R. Houin). La position a été réitérée par la chambre sociale le 23 janvier 1990 pour le comité de groupe (*Revue des sociétés* 1990, 444, note R. Vatinet, J.C.P. 1990, II, 21529, note M. Nevot, *Droit social* 1990, 322, note J. Savatier, obs. H. Blaise, J.C.P. 1991, éd. E, II, 229) et le 17 avril 1991 pour le comité d'hygiène et de sécurité (*Revue des sociétés*, 1992, 53). Seul le groupement présentant certains caractéristiques peut bénéficier de la personnalité morale. Celui-ci doit, d'abord, être pourvu d'une possibilité d'expression collective d'intérêts collectifs appelant la protection juridique. Pour J.P Gridel (*La personne morale en Droit français*, *Revue internationale de droit comparé*, 1990, p. 495 et s., spéc., 498), le groupement doit, en outre, être un organisme créé par la loi, qui n'a pas été expressément privé de personnalité par le législateur. Ainsi, l'intervention du législateur est, malgré tout, requise par la Cour de cassation. Cette jurisprudence ne reflète plus, selon certains, l'expression du Droit positif (G. Lagarde, *Propos de commercialiste sur la personne morale, réalité ou réalisme*, *Mélanges A. Jauffret*, 1974, p. 429 et s. et spéc., p. 433 et s.) ou est en contradiction avec la notion législative de personne morale (J. Pailluseau, *Le droit moderne de la personnalité morale*, R.T.D.C. 1993, p. 705 et s. et spéc., n° 1). En tout cas, il est certain que la théorie de la réalité technique bute sur la définition du concept d'intérêt : en ce sens, G. Wicker, thèse préc., n° 226 et s. Cet auteur propose d'ailleurs que le bénéfice de la personnalité morale soit accordé à un groupement qui soit représentatif d'un intérêt juridique et opposable aux tiers (thèse préc, n° 242). Selon lui, la nécessité de caractériser un intérêt du groupement qui soit un intérêt distinct de celui de ses membres est à l'origine des difficultés rencontrées par la thèse de la réalité technique dans l'identification des personnes morales. Dès lors, il faudrait admettre que « l'intérêt du groupement n'est autre que l'intérêt de ses membres.. » et que « la personnification repose, non sur une distinction de l'intérêt du groupement et des intérêts individuels de ses membres, mais sur une sélection de ces intérêts opérée par l'acte qui le crée » (thèse préc., n° 247).

Il n'en est pas moins vrai que la célèbre controverse sur la réalité ou la fiction des personnes morales porte à l'heure actuelle moins sur le fait de savoir quel groupement a vocation à être individualisé que sur la question de l'étendue de la capacité de jouissance qu'il faut reconnaître aux personnes morales existantes. Ainsi, la question de l'extension des droits fondamentaux aux personnes morales de droit privé a pu être posée : v. Y. Guyon, *Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé*, A.J.D.A. 1998, n° spécial, *Les droits fondamentaux, Une nouvelle catégorie juridique ?*, p. 136 et s.

effet uniquement d'un groupement de personnes ; il s'est agi en fait de permettre, par l'octroi de la personnalité juridique, l'expression juridique d'un groupement de personnes¹.

200. Il est tout aussi improbable que la fondation puisse être d'essence institutionnelle². Pour le démontrer, il convient de rappeler les éléments de base de la théorie de l'institution élaborée par le Doyen Hauriou. Celle-ci entend distinguer les institutions-choses et les institutions-personnes. Les institutions-choses recouvrent les règles légales qui s'imposent à la volonté des individus alors que les institutions-personnes désignent les corps constitués. Toute institution est composée de trois éléments, une idée directrice, une autorité, c'est-à-dire un pouvoir organisé mis au service de l'idée directrice, et une communion de tous les membres du groupe. Au centre de la théorie de l'institution se trouve l'idée d'œuvre à réaliser³, qui ne doit pas être confondue avec le but à atteindre. L'œuvre à réaliser intègre, en effet, à la fois le but à atteindre et les moyens nécessaires pour y parvenir⁴. Elle possède, de plus, une existence objective avant d'être assimilée, incorporée par les membres du groupe. Son caractère objectif lui permet de passer d'un esprit à l'autre sans se transformer⁵. C'est autour de cette idée d'œuvre que vont se faire jour ce qu'Hauriou appelle des « manifestations de communion », par lesquelles les membres du groupe adoptent l'idée d'œuvre et vont agir de façon à ce qu'elle se réalise⁶.

201. Dans la théorie de l'institution, la fondation ne devient une œuvre collective que lors de son fonctionnement, car à ce moment, elle attire à elle un groupement humain, le

¹ En ce sens, J. Paillusseau, loc. cit., p. 706 ; S. Guinchard, thèse préc., n° 399.

² Sur la théorie de l'institution, cf. M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, op. cit., p. 2 et s. La théorie de l'institution a imprégné le droit positif. En droit privé, elle est invoquée pour expliquer les actes de formation d'une personne morale ou la pratique majoritaire dans les sociétés : en ce sens, cf. par ex., G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 27, 1961, préface de G. Marty, p. 199 et s. ; F. Linditch, thèse préc., p. 63. En droit public, on y voit le fondement de la mutabilité des actes administratifs, le principe d'adaptation constante du service public, le statut de l'usager ou la spécificité du contrat administratif : v. F. Linditch, thèse préc., p. 62.

³ Elle est selon certains « la cause finale », « la force agissante de l'organisme » : v. G. Morin, *Vers la révision de la technique juridique, le concept d'institution*, *Archives de philosophie du droit* 1931, p. 76 et s. et spéc., p. 77.

⁴ V. M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, op. cit., p. 13.

⁵ V. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929, p. 695 ; *La théorie de l'institution et de la fondation*, op. cit., p. 14 et s.

⁶ A ce sujet, Hauriou écrit que la communion comporte « la volonté d'agir et le commencement de geste qui, par un risque couru, engage tout l'être dans la cause commune ; en un mot, c'est une communion d'action » (*La théorie de l'institution et de la fondation*, op. cit., p. 21).

groupe des « amis de la fondation », qui se forme a posteriori « grâce à l'existence du patrimoine affecté, et grâce à l'idée de l'œuvre ... » et sur lequel il serait possible de faire reposer le substratum de la fondation¹. Il n'en reste pas moins que la richesse de la théorie d'Hauriou ne peut suffire à faire oublier que les enseignements qu'elle professe ne corroborent pas le droit positif des fondations². Cela apparaît de manière éclatante lorsque l'on considère l'acte de fondation. Ce dernier, comme tout acte juridique³, s'inscrit dans la continuité que commande la réalisation de l'œuvre collective. A ce titre, il ne représente « qu'une prévision destinée à organiser l'avenir, autant que faire se peut »⁴. A la différence du corps constitué qui peut créer des règles nouvelles, même non prévues par l'acte juridique initial, pour s'adapter à son milieu social, la fondation est liée par ses statuts. Elle ne peut les modifier que dans des situations exceptionnelles et à condition de respecter sinon la lettre du moins l'esprit des prescriptions statutaires⁵.

202. Le débat sur l'essence de la fondation n'est pas seulement d'ordre théorique ; il a également des répercussions sur le procédé d'affectation, l'acte de fondation. Dans la théorie du patrimoine d'affectation, capital et personne morale s'identifient. Si l'acte de fondation consistait dans l'érection d'un patrimoine en personne autonome, nul ne serait besoin de transmettre le capital à une personne civile préexistante. La seule déclaration de volonté du fondateur aux fins d'affecter une masse de biens suffirait à transformer celle-ci en une personne morale. La simple affectation des biens créerait un établissement nouveau. Or, nous verrons qu'il n'en est rien à l'occasion de l'étude du procédé créateur d'une fondation autonome (Section II)⁶. La personne morale est créée pour recevoir les biens, le transfert de biens étant postérieur et non concomitant à l'apparition de la personnalité morale.

¹ V. M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, op. cit., p. 696 et p. 700.

² Contra, B. Gény, La collaboration des particuliers avec l'Administration, Sirey, 1930, préface G. Renard, p. 254, pour lequel « l'élément essentiel de la fondation n'est pas ce vêtement contractuel qui l'enveloppe, ni ces formalités d'aspect contractuel qui l'accompagnent, c'est l'institution, l'œuvre, le but qui se cache derrière ces voiles ».

³ Sur l'acte juridique, cf. M. Hauriou, Principes de droit public, 2^{ème} éd., Sirey, 1916, p. 138 et s.

⁴ F. Linditch, thèse préc., p. 62.

⁵ Cf. infra, n° 664.

⁶ C'est pourquoi la terminologie de fondation directe est impropre. Il n'y a pas, en France, de procédé direct de fondation en ce sens qu'il est impossible de fonder sans créer au préalable un établissement pour recevoir et donner aux biens la destination voulue, la simple affectation de biens ne créant pas cet établissement (S. Guinchard, thèse préc., n° 142 ; M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, op. cit., p. 697).

203. S'il vient d'être établi que la personnalité morale de la fondation recouvre un but d'intérêt général auquel des biens sont affectés, rien n'a encore été dit de la nature juridique de la personne morale ainsi créée. A première vue, le législateur semble réserver à la fondation d'utilité publique la mission de donner aux biens l'affectation d'intérêt général voulue par le fondateur. C'est, en effet, ce qui ressort de l'article 18 alinéa 2 de la loi du 23 juillet 1987 qui prévoit que « lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale nouvelle, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de l'entrée en vigueur du décret en Conseil d'Etat lui accordant la reconnaissance d'utilité publique » et acquiert ainsi le statut de fondation reconnue d'utilité publique. Il est tout de même nécessaire de s'interroger sur la portée de cet article et notamment sur le fait de savoir si seule la fondation reconnue d'utilité publique, à exclusion d'autres personnes morales, peut servir de contenant aux biens affectés. Cette recherche sera faite dans le cadre plus général de la détermination des personnes concernées (Section I).

204. Enfin, il faut réserver une place particulière au mécénat d'entreprise dont nous avons déjà pu relever la spécificité. Cette spécificité revêt un caractère plus accentué ici avec la création d'une personne morale nouvelle, la fondation d'entreprise (Section III).

SECTION I- DETERMINATION DES PERSONNES CONCERNEES.

205. Les personnes concernées s'entendent tant que de la personne morale bénéficiaire des biens (paragraphe I) que de la personne des fondateurs (paragraphe II).

Paragraphe I- La nature juridique de la personne morale créée.

206. L'affectation de biens par création d'une personne morale nouvelle n'est efficace que si la personne morale créée dispose des moyens juridiques pour accomplir sa mission. Il existe, à cet effet, une personne morale dont l'objet est justement d'accomplir la tâche assignée par le fondateur au moyen des biens affectés, c'est la fondation reconnue d'utilité publique. Mais est-elle la seule à pouvoir réaliser cette mission ? La rédaction de l'article 18 de la loi de 1987 sur le développement du mécénat semble, à cet égard, définitive. Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale nouvelle, celle-ci porte l'appellation de fondation reconnue d'utilité publique et n'accède à

la vie juridique que par décret en Conseil d'Etat. Ce faisant, l'article semble condamner tout recours à une autre personne morale et notamment, l'emploi de l'association reconnue d'utilité publique¹. En pratique cependant, comment s'assurer du respect de cette disposition ? En d'autres termes, est-il possible d'empêcher un fondateur de créer, pour réaliser son œuvre, une personne morale autre que la fondation reconnue d'utilité publique ?

207. Pour résoudre la difficulté, une précision s'impose : certaines personnes morales de droit privé² doivent être écartées, soit qu'elles ne peuvent servir de contenant aux biens affectés du fait de leur finalité, soit que la pérennité des fondations s'y oppose. Par là se trouvent exclus les groupements à but lucratif (sociétés, coopératives, groupements d'intérêt économique) tant pour leur finalité lucrative que pour leur durée déterminée. Reste à envisager les personnes morales à but non lucratif. Parmi elles, les congrégations se trouvent, en pratique, exclues. En effet, par définition, la congrégation est un groupement d'hommes réunis par leur idéal religieux³. Dès lors, l'emploi de ce procédé supposerait une multitude de fondateurs ayant en commun le même idéal religieux, ce qui est une hypothèse peu fréquente en pratique. De la même façon, la constitution d'un syndicat à seule fin de fonder n'est guère sérieuse. Si les syndicats peuvent constituer des œuvres sociales dans l'intérêt des membres de la profession qu'ils ont vocation à représenter et à défendre, ils ont avant tout pour mission de défendre des droits et des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts.

208. Ces observations permettent de limiter l'étude aux associations. A ce propos, il est nécessaire de rappeler que l'association, groupement de personnes par essence, ne peut naître que de l'union de plusieurs personnes. Il s'ensuit que le fondateur, personne

¹ H. Souleau, dans sa thèse sur les fondations, distinguait deux personnes morales pour réaliser l'œuvre d'intérêt général : la fondation reconnue d'utilité publique et l'association reconnue d'utilité publique (thèse préc., n° 110).

² Bien évidemment, la création d'une personne morale de droit public pour réaliser l'affectation de biens à un intérêt général ne se conçoit pas. En effet, seule la création d'un établissement public, qui ne peut être créée que par une personne morale de droit public est envisageable.

³ En l'absence de définition légale, la jurisprudence avait initialement défini la congrégation comme une communauté catholique rassemblant sous le même toit des religieux liés par les mêmes vœux et se différenciant par le port d'un costume particulier. Comme il existe des congrégations protestantes dont les membres ne vivent pas en communauté, la Cour de cassation (Cass. civ., 13 nov. 1906, D.P. 1911, 5, 3) a décidé que l'existence d'une congrégation ne pouvait se déterminer que par l'examen d'un ensemble de circonstances qu'il appartient au juge judiciaire d'apprécier.

physique ou morale unique, devra réunir autour de lui un nombre suffisant, sinon de cofondateurs¹, du moins d'amis. Enfin, l'association doit, pour survivre, recruter sans cesse de nouveaux membres ce, en raison de l'intuitus personae inhérent au contrat d'association lequel interdit la transmission aux héritiers de la qualité de sociétaire.

209. Ces préalables posés, la distinction entre les différentes catégories d'associations peut être opérée. Bien évidemment, l'association non déclarée, non dotée de la personnalité juridique, ne saurait supporter un patrimoine grevé d'affectation perpétuelle. L'association déclarée, elle, à l'exception de certaines catégories d'associations poursuivant un objet particulièrement utile à la société², dispose, comme principales ressources, des apports qui sont considérés comme des actes à titre onéreux³, et des cotisations de ses membres. A priori, la qualification onéreuse de l'apport est difficile à admettre, car aucune contrepartie sous forme de droits sociaux n'est accordée à l'apporteur. On a tenté de justifier la validité des apports par le défaut de transfert de propriété à l'association des biens apportés mais par leur simple affectation aux buts de l'association⁴, par le droit de reprise des apports à la dissolution de l'association⁵ ou par l'analyse de l'apport en une application de la fiducie-gestion⁶.

La jurisprudence la plus récente à laquelle nous avons déjà fait référence⁷, s'est

¹ Ce qui sera le cas des fondations collectives.

² Ce sont les associations ayant pour objet l'assistance, la bienfaisance, la recherche médicale (cf. infra, n° 147).

³ La qualification de donation avec charge n'est pas possible, car l'apporteur ne se dépouille pas irrévocablement dans la mesure où il a un droit de reprise pour lui ou ses ayants-droit au jour de la dissolution de l'association. De plus, la qualification de donation accompagnée d'un droit de retour est inadmissible, car la reprise du bien est stipulée à l'origine et peut avoir lieu non seulement au profit du donateur mais au profit de ses héritiers (en ce sens, P. Chassagnade-Belmin, Les apports aux associations, *Journal des notaires et des avocats*, 1958, art. 45646, p. 577 et s. et spéc., p. 580.). En faveur de la qualification d'acte à titre onéreux, il est possible de faire valoir le fait qu'au plan fiscal, les apports sont soumis au droit de mutation qui frappe les actes à titre onéreux.

⁴ F. Gény, Les apports en immeubles aux associations déclarées et reconnues d'utilité publique, *R.T.D.C.* 1930, p. 653 et s. Cette analyse encourt une objection capitale : elle ignore la faculté pour l'association de disposer du bien apporté. Elle est, en outre, infirmée par la jurisprudence (Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971, J., 555, note M. Chavrier).

Cf. en outre, J.P. Gastaud (thèse préc., n° 276, p. 377) qui préfère parler d'affectation de droits. Selon l'auteur, l'association est attributaire de toutes les prérogatives contenues dans le droit de propriété dans la limite de la capacité, de la spécialité de la personne morale et du caractère momentanée de l'affectation.

⁵ V. P. Chassagnade-Belmin, loc. cit., p. 580. Pour cet auteur, l'apport réalise une opération sui generis. Sur la reprise des apports, cf. D. Lepeltier, Apports et reprises d'apports dans les associations, *Bulletin Joly* 1997, p. 401 et s.

⁶ En ce sens, M. Béhar-Touchais, note sous *Civ. 1^{re}*, 1 mars 1988, *J.C.P.* 1989, II, 21373.

⁷ Cf. supra, n°44, note 1

contentée de la satisfaction morale ressentie par l'apporteur pour exclure la renonciation de l'apporteur à la clause de retour d'un apport immobilier de la qualification de libéralité (donation indirecte). La solution est pour le moins contestable, car elle est de nature à dissoudre le titre gratuit.

Il est plus judicieux de retenir comme contrepartie caractéristique de l'onérosité le titre de sociétaire¹. Ce titre de sociétaire confère « un poids particulier prépondérant sur la vie de l'association et sur ce qui la finalise : la réalisation d'un objet autre que le partage des bénéfices »².

210. Par le biais des apports, l'association peut-elle servir de support aux biens ? Si l'apport immobilier à une association est licite, l'association simplement déclarée ne peut posséder en dehors du local « destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres » que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement de son but (article 6, Loi du 1^{re} juillet 1901 modifié) ce qui exclut tout immeuble de rapport. Quant aux apports mobiliers, l'apport de capitaux productifs de revenus serait illicite, car il équivaldrait à une donation de revenus³. L'apport ne saurait donc permettre le transfert d'un capital à l'association déclarée. En est-il de même des autres ressources des associations ?

211. La ressource normale de l'association déclarée consiste dans les cotisations⁴ de ses membres. Bien que le législateur ait fixé un plafond au rachat des cotisations⁵ afin d'éviter que le rachat ne dissimule une libéralité, il⁶ est admis que le montant des cotisations peut

¹ L'idée en a été exposée par le 92^{ème} Congrès des Notaires (op. cit., n° 79). Comp. S. Guinchard (thèse préc., n° 199) qui propose la distinction suivante : lorsque le bien apporté est soumis à une affectation spéciale, il y aurait un acte à titre onéreux « car alors, l'apport ne profite plus seulement à l'association elle-même puisqu'elle ne peut pas en faire ce qui lui convient, mais aux tiers qui bénéficient de l'activité de l'association ». Lorsque, au contraire, le bien attribué n'est soumis à aucun usage déterminé, il y aurait une libéralité pure et simple. Nous ne pouvons retenir cette conception puisque la stipulation qu'un bien sera soumis à un usage déterminé n'induit pas l'onérosité de l'apport (cf. supra, n° 52).

² 92^{ème} Congrès des Notaires, op. cit., n° 79. V. également, Civ., 20 janv. 1930, S. 1930, 1, 281, note F. Géný ; Civ., 24 fév. 1932, S. 1932, 1, 321, note F. Géný.

³ En ce sens, C. Ozanam, Associations, syndicats, fondations, leur formation et leur fonctionnement, 4^{ème} éd., Sirey, 1964, n° 95, p. 111.

⁴ Car les cotisations ne procèdent pas d'une intention libérale mais sont l'exécution d'une obligation contractuelle et manifestent l'engagement du sociétaire dans l'association.

⁵ On a pu proposer comme solution, le rachat par chaque sociétaire de sa cotisation pour la somme maximale de 100 francs mais pratiquement, le procédé sera peu utilisé surtout s'il s'agit de fondations importantes, car « étant donné la modicité du prix de rachat des cotisations, il faudrait une multitude d'associés pour réunir un capital important... » (H. Souleau, thèse préc., n° 126, p. 217).

⁶ Cf. par ex., C. Ozanam, op. cit., n° 88.

être librement fixé par les statuts¹. Pratiquement, pour que la dotation de l'œuvre puisse être réunie grâce aux cotisations, il faudrait que les statuts de l'association fixent un chiffre très élevé de cotisation. Malgré cela, le procédé paraît inutilisable, car il méconnaît la nature périodique des cotisations, qui sont des versements dont sont redevables les sociétaires tout au long de la vie de l'association². Aussi, même lorsque l'intégralité du capital affecté à l'œuvre sera parvenue à l'association, les sociétaires resteront tenus de continuer à verser leur cotisation³. Et « qui accepterait de s'engager de la sorte ? » s'interroge avec raison le Professeur Souleau⁴.

212. Par le biais des dons manuels qu'elle peut librement recevoir depuis la loi du 23 juillet 1987, l'association déclarée ne pourrait pas davantage servir de support aux biens affectés à l'œuvre. Cela nous semble inenvisageable, car, si les dons manuels désignent habituellement tout bien meuble corporel voire des titres au porteur⁵, nous avons déjà eu l'occasion de signaler que les dons manuels tolérés par le législateur avec la loi du 23 juillet 1987 correspondent à des sommes d'un montant modique⁶.

Techniquement parlant, l'association déclarée ne peut donc pas servir de contenant au capital affecté à l'œuvre. Mais ceci apparaît tout naturel si l'on considère que l'association n'est pas une structure destinée à encadrer des biens⁷.

213. Sur le plan technique, l'association reconnue d'utilité publique qui dispose de la grande capacité est incontestablement mieux armée.

Dans les faits cependant, on perçoit mal l'utilité de recourir à l'association reconnue d'utilité publique plutôt que d'engager directement la création d'une fondation reconnue d'utilité publique. Comme la fondation reconnue d'utilité publique, l'association doit, pour bénéficier du « label d'utilité publique », solliciter une autorisation étatique sous forme de décret en Conseil d'Etat. Or, les conditions d'octroi de la reconnaissance d'utilité publique paraissent, à certains égards, bien plus contraignantes pour une association que pour une

¹ Les statuts peuvent même faire varier le taux des cotisations selon les différentes catégories de membres (C. Ozanam, op. cit., n° 89).

² Thèse préc., n° 126, p. 219.

³ Sauf faculté de rachat des cotisations moyennant une somme forfaitaire de 100 francs.

⁴ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., p. 219, n° 126.

⁵ V. par ex., Riom, 1^{re} fév. 1973, G.P. 1973, 2, 797.

⁶ Cf. supra, n° 148.

⁷ H. Souleau, thèse préc., n° 127, p. 219 et 220.

fondation. L'analyse des textes révèle en effet qu'avant d'être reconnue d'utilité publique, une association doit avoir fonctionné comme association déclarée pendant une période minimale de trois ans (article 11 modifié de la loi du 1^{er} juillet 1901). Bien mieux, elle doit comporter un nombre minimum de deux cents adhérents ce qui requiert du fondateur qu'il s'entoure d'un nombre d'amis important¹. En outre, l'association doit avoir développé une activité présentant un rayonnement significatif c'est-à-dire une activité qui s'étend au delà du strict cadre local. C'est là un cheminement bien long et bien tortueux pour un unique individu désireux d'affecter des biens à la réalisation d'une œuvre².

De toute façon, dans la mesure où l'appellation fondation est protégée par la loi qui en réserve l'utilisation aux fondations reconnues d'utilité publique et sanctionne toute infraction par une amende (article 20 modifié par la loi du 4 juillet 1990), le débat est privé d'un intérêt pratique certain. En effet, on peut raisonnablement induire de la psychologie des fondateurs que l'appellation de « fondation » par la personne morale est importante pour eux.

La spécificité des fondations est, de plus, garantie par la soumission du projet de reconnaissance d'utilité publique de la personne morale (association ou fondation) au Conseil d'Etat. Ainsi, l'absence d'un nombre suffisant de membres et l'existence d'une offre de donation importante devraient l'inciter à proposer au fondateur l'assujettissement du projet au régime des fondations plutôt qu'à celui des associations³. C'est pourquoi nous n'envisagerons, par la suite, que les règles régissant les fondations reconnues d'utilité publique. Parmi elles, il en est une d'importance, c'est celle des personnes aptes à créer une fondation reconnue d'utilité publique.

Paragraphe II- La personne des fondateurs.

214. Il n'y a entre l'affectation sans création d'une personne morale nouvelle et l'affectation de biens par création d'une personne morale aucune différence à établir quant aux personnes aptes à fonder, car cette aptitude à fonder (essentiellement fonction de la spécialité) est identique quel que soit le mode d'affectation des biens. Il suffira donc, pour

¹ S'il s'agit de fondations créées par testament, l'association sera créée par les légataires désignés par le fondateur.

² Il est vrai, toutefois, qu'une association déclarée peut être reconnue d'utilité publique sans qu'une dotation importante ne lui soit accordée. Toutefois, s'il n'y a pas de biens affectés, il n'y a pas, selon nous, fondation.

³ Cf. avis n° 284036 du 12 déc. 1961 cité par M. Pomey, traité préc., p. 411.

l'essentiel, de renvoyer aux indications précédemment données¹.

215. Il nous reste à envisager le droit de fonder des personnes morales de droit public dont nous avons, jusqu'à présent, retardé l'étude. En réalité, la question de la liberté de fonder des personnes publiques ne s'est posée que pour la création de fondations par les seules personnes publiques à l'exclusion de tout financement privé². S'il s'agit seulement de participation conjointe de personnes publiques et de personnes morales de droit privé à la création d'une fondation autonome, la liberté de fonder des personnes publiques n'est pas contestée³.

216. En revanche, le Conseil d'Etat adopte, à propos de la création de fondations par les seules personnes publiques, une position fort restrictive et non dépourvue d'ambiguïté. Ainsi, la reconnaissance d'utilité publique a-t-elle été refusée à un établissement de droit privé qui se trouvait, en réalité, sous le contrôle direct d'un établissement public⁴. Dans cette hypothèse en effet, la fondation ne dissimulerait qu'un « établissement public déguisé en fondation »⁵.

De manière plus sévère, le Conseil d'Etat a émis un avis défavorable à la demande de reconnaissance publique d'une fondation parce que celle-ci avait été créée à la seule initiative d'une personne publique qui en assurait, par ailleurs, le financement en totalité alors même que la Haute juridiction relevait que l'objet d'intérêt général présentait un caractère largement privé⁶.

217. On⁷ s'est plu à penser que les fonds constitutifs de la dotation pourraient être exclusivement d'origine publique si la fondation comporte la participation de personnes morales de droit privé. Aussi, deux conditions seraient nécessaires pour que les personnes

¹ Cf. supra, n° 115 et s.

² Notons que lorsque la personne publique est un établissement public, la liberté de fonder est encore plus douteuse en raison de la nature fondative de l'établissement public. En effet, l'identité de nature entre établissement public et fondation aboutirait à interdire aux établissements publics la création de fondation (Y. Gaudemet, La création des fondations par les personnes publiques ou d'utilité publique, in *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, op. cit., p. 47 et s. et spéc., p. 48, 49).

³ Ainsi, l'institut Pasteur, l'institut Arthur Vernes ou encore l'institut Curie sont des fondations reconnues d'utilité publique créées grâce à des fonds publics.

⁴ Avis du 5 sept. 1978, dans M. Pomey, traité préc., p. 420.

⁵ M. Pomey, traité préc., p. 79.

⁶ Avis du 26 oct. 1976 cité par M. Pomey, traité préc., p. 416.

⁷ Y. Gaudemet, op. cit., p. 51 ; E. Baron et X. Delsol, Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise, Régime juridique et fiscal, Juris-Service, 1992, n° 127, p. 17.

morales de droit public puissent, à elles seules, créer des fondations¹ : d'une part, que le financement soit assuré non par une dotation en capital mais par des subventions ou des ressources propres issues de l'activité de la personne publique ; d'autre part, que le Conseil d'administration soit suffisamment ouvert à des personnes morales de droit privé.

218. En réalité, le Conseil d'Etat paraît peu enclin à admettre que le financement de la fondation reconnue d'utilité publique soit uniquement issu de fonds publics². C'est ce qui ressort du rapport public du Conseil d'Etat de 1976³. De même, par un avis en date du 12 octobre 1976⁴, le Conseil d'Etat s'est montré défavorable à la reconnaissance d'utilité publique d'un projet de fondation en relevant que « les fonds constitutifs de la dotation initiale de la fondation projetée sont exclusivement d'origine publique et que les promesses faites par des personnes privées, n'étant ni chiffrées ni matérialisées par aucun engagement, ne peuvent être retenues en l'état actuel ».

219. On pouvait penser que la position du Conseil d'Etat aurait évolué avec la disposition de l'article 18 issue de la loi du 4 juillet 1990 selon laquelle la fondation d'utilité publique créée à l'initiative d'un ou plusieurs établissements publics à caractère industriel et commercial peut être désignée par la dénomination du fondateur. Cette nouvelle disposition aurait dû avoir pour effet d'inciter le Conseil d'Etat à se montrer favorable à la création de fondations financées exclusivement sur fonds publics. Car, bien que l'article ne vise expressément que la *dénomination* des fondations créées par des établissements publics industriels et commerciaux, il semble bien reconnaître la capacité de fonder des personnes morales de droit public. En dépit de cela, le Conseil d'Etat continue de présenter comme improbable la création de la fondation par les seules personnes

¹ E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 140, p. 19.

² En ce sens, R. Brichet, Jurisclasseur administratif, fascicule 165, 1995, n° 53. Cf. cependant comme exemple de fondations d'origine publique, L'institut d'optique théorique et appliquée, la fondation nationale des sciences politiques (références données par E. Baron, X. Delsol, op. cit., p. 18 note 8).

³ Dans le rapport public du Conseil d'Etat de 1976 (Documentation française, 1977, p. 105), le Conseil d'Etat rappelle que « si une fondation est un établissement reconnu d'utilité publique par décret en Conseil d'Etat, il s'agit d'un établissement de droit privé dont ce caractère doit être absolument respecté, sauf à faire, sous le couvert de fondations, des établissements publics déguisés. En conséquence, et notamment si l'Etat peut participer à la création d'une fondation, voire susciter sa création, et s'il peut contribuer à son financement par des apports en capital ou des subventions annuelles, on ne saurait concevoir la création sous forme de fondations, d'établissements dont l'initiative et le financement seraient entièrement publics, c'est-à-dire ne comporteraient pas, dès le départ, une suffisante participation notamment à la dotation constitutive, de personnes physiques ou morales, du secteur privé ».

⁴ In M. Pomey, traité préc., p. 416.

morales de droit public¹.

220. En tout cas, lorsque des personnes publiques participent à la création de fondations (conjointement avec des personnes morales de droit privé), elles doivent respecter le principe de spécialité. En effet, comme pour les personnes morales de droit privé, tous les concours financiers accordés, quelle que soit la forme qu'ils prennent, doivent entrer dans les attributions légales de l'organisme considéré².

Chaque catégorie de personnes publiques (Etat, collectivités territoriales, établissements publics) est d'ailleurs prisonnière de cette règle. Ainsi, le droit de fonder des collectivités territoriales est enfermé dans les limites territoriales de ces personnes publiques³. Il en résulte, en particulier, qu'une commune ne peut créer un hôpital destiné à soigner les malades d'un département. C'est là une application classique du principe de spécialité. Mais la spécialité revêt une forme particulière pour les personnes morales de droit public en ce que l'idée de but exclut la légitimité de tout acte purement gratuit⁴. C'est donc par des procédés de droit public que la fondation prendra naissance. Il va maintenant être question de ces procédés d'affectation.

SECTION II- ETUDE DU PROCEDE CREATEUR DE LA FONDATION RECONNUE D'UTILITE PUBLIQUE.

221. La lecture de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 qui définit la fondation comme l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif évoque, de prime abord, l'acte créateur de l'E.U.R.L (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) ou de l'E.A.R.L (entreprise agricole à responsabilité limitée). Nul n'ignore le bouleversement important qu'a engendré en 1985 la consécration dans notre Droit positif de cette nouvelle forme de société. Désormais, la

¹ En ce sens, cf. Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 21.

² R. Latournerie, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire du Conseil d'Etat 1952, p. 246 ; R. Odent, *Contentieux administratif*, cours I.E.P 1970-71, tome 5, p. 1380.

³ Sur la reconnaissance du droit de fonder des collectivités territoriales, cf. Conseil d'Etat, 1^{er} juill. 1938, S. 1939, 3, 25.

⁴ Cette idée se rattache également au principe général qui interdit aux personnes publiques de faire des libéralités.

société ne repose plus seulement sur un contrat¹ mais peut être également instituée par l'acte de volonté d'une seule personne (article 1832 al. 3 du Code civil)². De plus, par sa seule manifestation unilatérale de volonté, l'entrepreneur se voit investi du pouvoir de créer une personne morale nouvelle à laquelle il peut apporter des biens. L'octroi de la personnalité morale à l'E.U.R.L est certes subordonné à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés mais cette immatriculation n'est qu'une simple mesure de publicité, le greffier devant seulement s'assurer de la régularité formelle de la demande³.

Enfin, par cet acte, le créateur de l'E.U.R.L prend l'engagement envers la société de réaliser les apports⁴.

222. S'il peut paraître séduisant de faire produire à la manifestation de volonté du fondateur (à l'instar de celle du fondateur d'une E.U.R.L) le pouvoir d'insuffler vie à une personne morale, une telle interprétation est condamnée par l'alinéa 2 de l'article 18 précité selon lequel la fondation n'acquiert la capacité juridique qu'à compter de la date de publication du décret de reconnaissance d'utilité publique. Il est vrai que, stricto-sensu, le décret de reconnaissance ne confère pas la personnalité juridique mais seulement la capacité juridique et qu'en conséquence, la personnalité morale de la fondation préexiste au décret de reconnaissance d'utilité publique⁵. Mais le pouvoir ainsi conféré à la volonté du fondateur, qui ne résulte d'ailleurs que d'une rédaction législative défectueuse, est sans grande portée tant il est de la plus pure évidence que la création d'une personne morale incapable ne présente aucun intérêt. A quoi bon reconnaître l'existence d'une personnalité

¹ Sauf pour ceux qui voient dans l'acte de création d'une E.U.R.L un exemple de contrat avec soi-même auxquels on peut rétorquer que l'entrepreneur désireux d'affecter une partie de ses biens à une entreprise n'agit pas en deux qualités différentes.

² La possibilité pour une personne physique de créer par sa seule manifestation de volonté une société a récemment été réitérée à propos de la société par actions simplifiée : cf. art. 262-1, nouveaux alinéa 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1966.

³ En ce sens, Y. Guyon, op. cit., n° 148 et art. préc., p. 138.

⁴ En ce sens, J. Flour et J. L. Aubert, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 506 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil, Les obligations, Le contrat, op. cit., n° 88. Certains auteurs ont même étendu l'obligation du fondateur de l'E.U.R.L au delà de ses apports. Cette obligation comprendrait ainsi l'obligation d'apporter aux créanciers sociaux les biens nécessaires au fonctionnement de la société et qui constituent le gage des créanciers sociaux (C. Larroumet, tome 3, Les obligations, Le Contrat, 4^{ème} éd., Economica 1998, n° 103 bis, p. 95) ou l'obligation aux risques inhérents à l'existence de la société. Mais, ces obligations ne naissent qu'indirectement de l'acte constitutif (M.L Izorche, thèse préc., n° 229 et s.).

⁵ En ce sens, F. Zénati, loc. cit., p. 805. Il est à noter que la Fondation du patrimoine acquiert *la personnalité juridique* et non la capacité juridique au jour du décret de reconnaissance d'utilité publique (article 11, L. 2 juillet 1996).

morale si l'on ne lui fait produire aucun effet ? Comme on a pu le relever¹, « la personnalité morale c'est ...d'abord (et peut-être seulement) une capacité de jouissance ».

En conséquence, la seule manifestation de volonté du fondateur ne saurait conférer une autonomie et une puissance juridique à l'œuvre à laquelle des biens sont affectés. La fondation n'accède à la vie juridique que par le fait du prince, un acte de puissance publique (sous-section II). L'opération de fondation consiste, pour le fondateur, à créer une personne morale et à transférer les biens affectés à la personne morale ainsi créée. Plus précisément, le fondateur exprime sa volonté de fonder par l'offre qu'il fait de fournir des biens à une personne morale créée spécialement à cet effet (acte de dotation) et dont il sollicite la reconnaissance d'utilité publique² (sous-section I).

SOUS-SECTION I- LA VOLONTE DU FONDATEUR.

223. Il³ est de coutume de décomposer l'acte de fondation en trois éléments : Un « acte constitutif » par lequel le fondateur prend l'initiative du projet et lui donne forme, « l'acte de demande » par lequel le fondateur⁴ soumet son projet au gouvernement et enfin « l'acte de reconnaissance » par lequel le Gouvernement le consacre.

224. La manifestation de volonté du fondateur se matérialise dans les statuts de la fondation qui exposent tant l'organisation de la personne morale projetée que le but de l'œuvre mais, également et surtout - l'acte de fondation n'est-il pas avant tout un acte d'affectation de biens ? - dans l'acte qui constate l'engagement du fondateur de fournir à l'établissement des ressources⁵.

¹ G. Goubeaux, *Personne morale, droit des personnes et droit des biens*, Mélanges R. Roblot, L.G.D.J. 1984, p. 199 et s. ; J. Pellerin, loc. cit., n° 74. Contra, G. Wicker, thèse préc., n° 176 selon qui il est nécessaire de distinguer les notions de personnalité et de capacité de jouissance, car si la personnalité juridique est indivisible, la capacité de jouissance est susceptible de degré. L'auteur reconnaît néanmoins que l'existence de la personnalité juridique requiert une capacité minimale.

² C'est pourquoi nous sommes d'avis que la seule déclaration de volonté par laquelle une personne décide de créer une personne morale nouvelle sans la doter ne suffit pas à en faire un fondateur.

³ M. Pomey, *L'acte de fondation en droit français*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1968, p. 27 et s. et spéc., p. 31 ; dans le même sens, E.E. Franck, *Les fondations en France*, Revue administrer, juin 1987, n° 180, Etudes et commentaires, p. 2 et s. et spéc., p. 3 et s.

⁴ Ou ses représentants dans le cas d'une fondation post-mortem.

⁵ En pratique, il peut arriver que l'organisation de la fondation, la nature et le montant des biens affectés soient précisés dans un instrumentum unique ce qui ne manquera pas de se produire lorsque la fondation est créée par testament.

225. La manifestation de volonté du fondateur se finalise, en général, par l'acte par lequel il sollicite du gouvernement la reconnaissance d'utilité publique et à l'appui de laquelle diverses pièces justificatives doivent être jointes¹. Il en serait autrement des fondations créées par testament ou des fondations créées par souscription publique. L'hypothèse veut en effet que la demande de la reconnaissance d'utilité publique émane, en cas de fondations post-mortem, des légataires ou des personnes investies de la saisine² ou, en cas de souscription publique, de l'organisateur de la souscription.

226. Jusque là, il a été raisonné sur le cas de figure d'un fondateur unique et en conséquence, d'une manifestation unique de volonté de fonder. La pluralité de fondateurs à l'origine de la création d'une fondation peut-elle modifier le caractère unilatéral de la manifestation de volonté de fonder ? La doctrine classique soutient que les actes unilatéraux s'opposent aux conventions par le critère du nombre de volontés³. L'insuffisance d'un tel critère apparaît lorsque plusieurs volontés s'agrègent en une seule (exemple des actes adoptés par une assemblée) ou dans l'exemple du contrat avec soi-même. Aussi, un auteur a-t-il offert de lui substituer le critère de « l'intérêt d'une partie unique »⁴ car à l'inverse d'une convention, l'acte unilatéral ne traduit pas la conciliation entre des intérêts contradictoires. Mais, ce critère n'est pas à même d'englober toute la diversité des figures contractuelles, car, si tous les contrats n'expriment pas la conciliation entre d'intérêts contradictoires, certains actes unilatéraux peuvent, à l'inverse, traduire une telle conciliation⁵. Fort des enseignements du Droit public, un auteur récent⁶ a cru pouvoir

¹ La brochure éditée par le Ministère de l'Intérieur énumère comme documents à produire à l'appui de la demande de reconnaissance d'utilité publique :

- La demande de reconnaissance d'utilité publique présentée et signée par le ou les fondateurs.
- L'exposé indiquant le but de l'œuvre et les services qu'elle peut rendre.
- L'acte authentique constituant la dotation initiale de cinq millions de francs au minimum.
- Le projet de budget de préférence pour les trois premiers exercices.
- Les statuts de la fondation sur papier libre (dont trois exemplaires paraphés à chaque page et signés sous le dernier article).
- La liste des membres du conseil d'administration avec indication de leur nationalité, profession et domicile.

² Sur les fondations post-mortem, Cf. infra, n° 267 et s.

³ G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, tome 1, 2^{ème} éd., Dalloz, 1988, n° 149, p. 273 ; J. Carbonnier, Droit civil, Les Obligations, op. cit., n° 14.

⁴ J. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en Droit civil, thèse Toulouse, 1951, n° 31, p. 41 et s.

⁵ R. Encinas de Munagorri, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 254, 1996, préface A. Lyon-Caen, n° 81, p. 91 qui donne l'exemple de l'acte juridictionnel qui, quoiqu' unilatéral, exprime une conciliation des intérêts des parties.

⁶ R. Encinas de Munagorri, thèse préc., n° 87 et s.

placer la distinction dans l'absence de consentement. Ainsi, selon lui, l'acte unilatéral se définit comme une manifestation de volonté produisant des effets de droit en l'absence de consentement.

227. Le critère n'est pas d'un grand secours pour ce qui nous concerne. Peut-être est-il plus intéressant de se situer au plan des effets de l'acte de fondation. L'acte de fondation, s'il crée des obligations pour les fondateurs, notamment celle de transférer des biens à la personne morale, une fois créée, n'a pas pour effet de régler les rapports entre les fondateurs. D'ailleurs, il existera autant d'actes de dotation (et d'écrits qui les constatent) que de fondateurs¹. Ainsi, si l'organisation de la fondation, son but, sont établis d'un commun accord des fondateurs², la manifestation de volonté de fonder n'en demeure pas moins unilatérale³. Le parallèle avec le contrat de société se révèle éclairant à cet égard. La société, du moins si elle est pluripersonnelle, est un outil d'action collective à l'intérieur duquel les associés règlent les modalités de participation à leur action commune. La fondation n'est pas, elle, un groupement de personnes. Aussi, même si elle a à sa base la volonté de plusieurs personnes, elle fonctionne indépendamment de la volonté de ses fondateurs⁴.

228. Quel que soit le nombre de fondateurs, la manifestation de volonté du fondateur a deux objets, créer une personne morale et la doter d'un patrimoine. Pourtant, la nécessité même d'une dotation patrimoniale a été contestée.

Après avoir démontré que l'affectation de biens est nécessaire à la naissance de la fondation (paragraphe I), nous tenterons de déterminer la qualification de l'acte d'affectation (paragraphe II).

¹ Nous pensons, en effet, que les promoteurs c'est-à-dire ceux qui se contentent d'apporter leurs idées ou services à la fondation sans aucun apport patrimonial ne méritent pas le qualificatif de fondateur (en ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 140, p. 246).

² D'ailleurs, parmi les éléments à produire à l'appui de la demande de reconnaissance d'utilité publique, il est exigé que la demande de reconnaissance d'utilité publique soit signée par *le ou les* fondateurs.

³ Comp. B. Gény, op. cit., p. 253 qui après avoir défini la fondation comme le groupement ou l'œuvre issu d'une déclaration unilatérale de volonté entre vifs ou testamentaire en déduit que celle-ci est « au plus haut point d'essence institutionnelle », car elle échappe au moule contractuel.

⁴ En ce sens, J. Patarin, Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français, p. 36 et s. et spéc., p. 53, in Travaux de l'association Henri Capitant, Les groupements et organismes sans personnalité juridique, tome 21, 1969, Dalloz, éd. 1974. Sur le fonctionnement de la fondation-personne morale, cf. infra, n° 618 et s.

Paragraphe I- L'engagement de garantir des ressources à perpétuité.

229. Nul n'ose aujourd'hui avancer l'idée qu'une fondation puisse être créée sans aucun actif patrimonial. L'idée avait été pourtant soutenue il y a une soixantaine d'années par l'auteur d'une thèse sur les fondations¹.

230. A l'appui de son idée, l'auteur avançait des arguments d'ordre juridique et utilitaire. A titre d'argumentation juridique, il soutenait que l'acte de fondation consiste à créer une personne morale. Or, la personnalité juridique s'entend de l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations et non de la titularité effective de ces droits. Par conséquent, l'acte de fondation n'implique aucune dotation patrimoniale².

231. Au plan utilitaire, l'auteur invoquait la possibilité pour la fondation créée sans capital d'en acquérir un, par la suite, par le biais des libéralités dont elle est susceptible d'être gratifiée, une fois créée. D'ailleurs, la fondation sans capital présenterait l'intérêt de jouer le rôle de lanceur d'idées. Quant au risque de voir se multiplier des fondations abracadabrantes, il lui semblait réduit, car, selon lui, seules les fondations à but louable peuvent attirer des libéralités³.

232. Ainsi que l'a montré Henri Souleau⁴, cette argumentation ne convainc guère, car elle est spécieuse. Il est de l'essence de la fondation d'être une *affectation de biens* à un but d'intérêt général⁵. De plus, cette opinion est démentie par le Droit positif. En effet, parmi les pièces exigées lors de la demande de reconnaissance d'utilité publique d'un projet de fondation, il est fait état d'un acte de dotation d'un montant de cinq millions⁶. Enfin, l'affirmation selon laquelle il y a peu de chances de voir se constituer des fondations à des fins méprisables, car personne ne les soutiendrait, est purement gratuite⁷.

233. Si la possibilité de fonder sans aucun actif patrimonial n'est plus guère soutenue,

¹ H. Pailhé, thèse précitée.

² H. Pailhé, thèse préc., n° 161 et s.

³ H. Pailhé, thèse préc., n° 163.

⁴ Thèse préc., n° 139 et s.

⁵ Cette opinion est d'ailleurs communément admise : cf. par ex., J. Dabin, op. cit., p. 160 ; S. Guinchard, thèse préc., n° 147.

⁶ Cf. brochure du Ministère de l'Intérieur, n° 1351, Fondations reconnues d'utilité publique.

⁷ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 140, p. 247.

l'idée selon laquelle une fondation pourrait exister sans capital initial est souvent avancée par les praticiens¹.

Selon cette opinion, il serait permis de créer une fondation dont le financement serait assuré non par un capital productif de revenus mais par de simples promesses de versements périodiques (versements le plus souvent annuels) de sommes d'argent. Pratiquement, le fondateur devrait s'engager à assumer les dépenses annuelles de la fondation ou, selon une autre formule de financement, verser à des échéances régulières des sommes d'un montant déterminé à l'origine². Encore faut-il préciser que lorsque les engagements de versements sont pris par des personnes morales de droit public, le principe de l'annualité budgétaire aurait pu faire douter, sinon de la validité, du moins du caractère contraignant de telles subventions pluriannuelles. Cependant, de l'autonomie de principe entre droit budgétaire et droit administratif il résulte que « l'absence de crédits disponibles ne libère pas en droit la collectivité publique des engagements qu'elle a souscrits ou pris unilatéralement »³. Bien qu'aucun principe juridique ne s'oppose à l'admission de ce mode de financement des fondations, la proposition doctrinale ne semble pourtant pas avoir été reçue en pratique.

234. Il est vrai qu'en définissant la fondation comme l'affectation de biens, droits **ou** ressources, l'article 18 de la loi aurait pu conduire à englober dans le mot ressources les engagements de versements. Bien mieux, selon le texte de l'article 18, les ressources pourraient être le seul élément d'affectation (biens, droits *ou* ressources).

La consultation des débats parlementaires sur l'élaboration de cet article permet pourtant de douter d'une telle interprétation : par l'article 18, le législateur n'a cherché qu'à consacrer la pratique du Conseil d'Etat⁴ qui, elle, ne permet pas qu'une fondation autonome soit créée sans capital initial⁵.

¹ E. Baron, X. Delsol, op. cit., n° 78, p. 25 ; M. Pomey, traité préc., p. 123 et s. ; Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 33.

² Par assimilation au mode de financement des fondations d'entreprise (cf. infra, n° 341 et s.).

³ Y. Gaudemet, op. cit., p. 54 qui donne comme exemple de fondations financées par subventions publiques la fondation pour la recherche médicale (ibid., p. 53).

⁴ Cf. par ex., G. Trémège, rapport n° 836 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 153. La pratique administrative exige, nous l'avons dit, un acte de dotation d'un montant de cinq millions.

⁵ Pour finir de nous en convaincre, il suffit de se référer aux travaux préparatoires de la loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise. Le législateur a maintenu la nécessité d'une dotation initiale au motif que la fondation étant un groupement de biens, il était difficilement concevable d'envisager une fondation sans dotation initiale (Cf., par ex., H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires

235. En effet, l'étude des avis du Conseil d'Etat - dont nous constaterons l'importance dans la décision de reconnaissance d'utilité publique¹ - témoigne de manière éclatante de la nécessité d'un capital initial. Le Conseil d'Etat a ainsi pu refuser de donner un avis favorable à une demande de reconnaissance d'utilité publique - ce qui entraîne en pratique le rejet de la demande - pour le motif tiré de l'insuffisance et de la précarité des ressources². Plus intéressant encore est l'avis du 10 décembre 1974 qui rejette un projet de fondation qui comportait l'engagement d'une société privée « d'assurer à elle seule la totalité des dépenses annuelles de la fondation, y compris les frais généraux de fonctionnement, car « l'engagement de cette société, si généreux soit-il, ne donne pas à la fondation projetée, en l'absence de toute dotation initiale, le *degré d'indépendance* et la *garantie de pérennité* nécessaires pour qu'elle soit reconnue d'utilité publique »³. Ainsi, si le Conseil d'Etat n'exclut pas qu'une fondation soit financée par des engagements de versements, c'est seulement à titre de complément de la dotation initiale⁴ et à la condition expresse que ces versements soient juridiquement garantis.

236. Cette nécessité d'un capital initial semble s'opposer à ce qu'une fondation puisse être *exclusivement* financée par des revenus issus de biens ou de droits frugifères (comme par exemple, l'affectation des revenus des droits d'auteurs ou des loyers d'un immeuble). En fait, l'autorité administrative tient à s'assurer de l'existence de ressources stables et régulières et il est à craindre que l'absence de régularité de telles ressources ne permette pas d'équilibrer le budget annuel de la fondation. Aussi, au cas de dotation composée exclusivement de revenus, l'autorité administrative recommandera au fondateur de les conserver et de les capitaliser jusqu'à ce qu'ils forment le capital constitutif de la dotation, la reconnaissance d'utilité publique étant subordonnée à la constitution de ce capital. Ce qui n'exclut pas que de tels revenus puissent figurer, parmi d'autres éléments, dans la composition de la dotation. L'exigence de ressources stables et régulières conduit

culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 49).

¹ Cf. infra, n° 313 et s.

² Avis du Conseil d'Etat du 10 juin 1952 (n° 258124) et du 11 juill. 1955 (n° 265775) cité par M. Pomey, traité préc., p. 410.

³ Avis du Conseil d'Etat du 10 déc. 1974 (n° 314002) cité par M. Pomey, traité préc., p. 414.

⁴ Avis du 5 juill. 1960 (n° 280332), in M. Pomey, op. cit., p. 411. Mais en raison de l'importance du patrimoine, une fondation a pu être reconnue d'utilité publique malgré le financement par subventions publiques (avis n° 321809 du 20 déc. 1977, in M. Pomey, op. cit., p. 419). Ont été créées sans capital initial la Fondation pour la recherche médicale (décret du 14 mai 1965), la Fondation du parc naturel régional de Camargue (décret du 12 décembre 1972).

également l'autorité administrative à poser des règles strictes quant à la composition de la dotation. Ainsi, la dotation ne pourra être exclusivement constituée d'œuvres d'art, car il existe un risque qu'elles ne génèrent pas des revenus réguliers suffisants. De la même façon, une fondation reconnue d'utilité publique ne saurait détenir au titre de sa dotation qu'une part minoritaire du capital social d'une entreprise étant entendu, d'autre part, que la dotation ne peut être constituée en majorité des parts sociales ou actions de la même société¹.

237. Ainsi, en l'état actuel du Droit positif, la fondation d'utilité publique ne se conçoit pas sans un capital initial. Ce capital ne parvient à la personne morale qu'au moyen d'un acte de transfert patrimonial et n'est pas érigé, par la seule vertu de son affectation, en entité autonome. C'est à la qualification de cet acte de transfert qu'il faut maintenant s'attacher.

Paragraphe II- Analyse de l'acte de dotation.

238. Que la personne morale soit créée par acte entre vifs ou par acte à cause de mort, l'acte qui la dote en capital (ou acte de dotation) est un acte de transfert patrimonial et non un acte unilatéral d'affectation. Ce transfert du capital s'effectue soit du vivant du fondateur (I) soit à sa mort seulement (II).

I- Analyse de l'acte de dotation effectué du vivant du disposant.

239. Comme nous avons eu l'occasion de l'annoncer en introduction de ce chapitre, la théorie du patrimoine d'affectation n'est pas à même d'expliquer l'acte de dotation. L'opinion contraire, qui peut se prévaloir du soutien d'éminents juristes², avait voulu voir, à côté des modes traditionnels de création des fondations, un acte spécifique qui opérait

¹ V. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 22. Ce rapport fait état de trois avis du Conseil d'Etat. Par un avis du 29 nov. 1949, le Conseil d'Etat a rendu un avis positif à une demande de reconnaissance d'utilité publique d'un projet de fondation dont la dotation était constituée de parts d'une S.A.R.L à condition qu'une partie des parts soit vendue afin que la fondation ne détienne que la moitié du capital de la société. Par un avis du 9 mars 1988, un projet de fondation dont la dotation était constituée à 95 % des actions d'une société d'édition d'un journal a fait l'objet d'un avis défavorable du Conseil d'Etat. Enfin, par un avis du 3 août 1989, le Conseil d'Etat a donné un avis défavorable à une demande de reconnaissance d'utilité publique d'une fondation dotée par les parts d'une société. Cependant, dans ce dernier cas, il semble que cet avis n'ait pas été suivi.

² P. Souleau, Conclusions sous T. civ. Seine, 26 fév. 1958, G.P. 1958, 1, 325 ; v. également, P. de Font-réaulx, Les fondations en droit français, Semaine internationale de droit, 1937, p. 65.

non pas la transmission de biens à une personne morale créée préalablement mais l'érection d'une masse de biens en une entité juridique autonome. Il n'y a pas, selon eux, transfert de biens parce qu'un transfert suppose « un sujet de droit qui reçoit et qui est distinct de l'objet de la transmission »¹ et qu'en l'hypothèse, l'objet et le sujet du patrimoine de la fondation coïncident.

240. Sur le mode opératoire de cet acte, ces auteurs donnent très peu de précisions. Tout au plus observent-ils que du fait de l'affectation, l'établissement créé est dispensé d'accepter l'acte de dotation. L'affectation devient parfaite par l'acte de reconnaissance d'utilité publique. De plus, ne s'agissant pas d'une libéralité (puisque'il n'y a pas de transmission de biens), la déclaration de volonté du fondateur est soustraite au respect des formes solennelles².

La description ainsi faite n'est pas sans rappeler la législation allemande sur l'acte de fondation, également en vigueur moyennant quelques aménagements dans les départements recouverts. L'acte de fondation allemand engage son auteur à transférer les biens à la fondation, une fois l'approbation administrative obtenue (article 82 du Code civil allemand). De plus, la fondation approuvée par l'autorité administrative est titulaire à l'encontre du fondateur d'un droit de créance. Enfin, les biens pour lesquels le contrat de cession suffit passent à la fondation par le fait même de l'approbation sauf intention contraire du fondateur exprimée dans l'acte (même texte).

Toutefois, l'acte de fondation allemand se sépare de l'acte unilatéral d'affectation décrit par ces auteurs en ce qu'il demeure un acte de transfert et n'opère pas personnification des biens³. En effet, si la fondation-personne morale n'a pas à accepter les biens, elle n'acquiert la propriété des biens que moyennant un contrat de cession.

241. Force est de constater que l'analyse de l'acte de dotation en un acte d'affectation et non en un acte de transmission est infirmée par l'examen du Droit positif français. En effet, le décret de reconnaissance d'utilité publique en même temps qu'il amène à l'existence juridique la fondation en la reconnaissant comme établissement d'utilité

¹ P. Souleau, loc. cit., p. 328.

² P. de Font Réaulx, loc. cit., p. 65 selon lequel cet acte pourrait être réalisé par acte sous seing privé.

³ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 220, p. 382 ; A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 19, 1961, préface R. Perrot, n° 434 et 449. C'est en cela que l'on peut dire que la théorie des patrimoines sans sujet n'explique pas l'acte de fondation allemand.

publique et en approuvant ses statuts accorde au président de la fondation l'autorisation administrative d'accepter la dotation¹. Or, l'autorisation administrative d'accepter implique nécessairement l'existence d'une libéralité donc d'un transfert de biens. De plus, la nécessité pour la fondation d'accepter la libéralité est confirmée par l'existence de l'autorisation administrative d'accepter la dotation puisque l'autorisation administrative d'accepter conditionne, rappelons-le, le droit pour la fondation-donataire d'accepter une libéralité.

La personne morale ne devient donc propriétaire des biens que postérieurement à sa constitution en établissement d'utilité publique et à l'obtention de l'autorisation administrative d'accepter, de telle sorte qu'« à aucun moment, capital et personne ne sont confondus »².

242. Tout concourt à démontrer que la dotation d'une fondation-personne morale du vivant du fondateur se réalise par la voie d'une transmission de biens à une personne morale créée préalablement. Pour reprendre l'heureuse expression du Professeur Henri Souleau, « notre technique d'affectation à un but d'intérêt général reste dans le cadre d'une géométrie euclidienne en ce sens qu'une personne morale est créée pour servir de contenant à un capital qui est et reste un contenu »³. En pratique, le transfert de la dotation se réalise par voie directe (A) ou indirecte (B).

A- Le transfert direct de la dotation.

243. L'attribution de la personnalité morale est subordonnée par le Conseil d'Etat à l'acquisition par celle-ci de la dotation. Il semble y avoir là un illogisme, car la dotation suppose l'existence d'une personne apte à recevoir. En réalité, ce que le Conseil d'Etat exige du fondateur, c'est qu'il manifeste sa volonté de transférer les biens à l'œuvre avant que cette dernière ne soit reconnue d'utilité publique ; ceci afin d'éviter qu'une personne morale privée de capital puisse être créée. C'est en ce sens que doit se comprendre l'antériorité de l'acte de dotation par rapport à la reconnaissance d'utilité publique de

¹ Nous verrons que le décret de reconnaissance d'utilité publique comporte deux articles. Dans l'article 1, il reconnaît la fondation comme établissement d'utilité publique et approuve ses statuts tels qu'annexés. Dans l'article 2, il autorise le président de la fondation à accepter, au nom de celle-ci, la dotation, aux clauses, charges et conditions de l'acte constitutif (M. Pomey, *L'acte de fondation en droit français*, loc. cit., p. 34).

² H. Souleau, thèse préc., n° 143, p. 253.

³ Ibid., n° 143, p. 253.

l'œuvre.

244. Si l'acte de dotation s'analyse généralement en une libéralité, plus précisément en une offre de donation (b), il en sera autrement lorsque l'acte de dotation émane de personnes publiques (a).

a- Nature juridique de l'acte de dotation émanant de personnes publiques.

245. Du fait de l'improbabilité pour les personnes publiques de créer, à elles seules, des fondations¹, l'hypothèse se limite au cas où le projet de fondation naît du concours entre personnes morales de droit privé et personnes morales de droit public².

246. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever, le principe de spécialité interdit aux personnes publiques de faire des libéralités. Cette interdiction est également liée au particularisme de la propriété administrative qui est affectée, soit à l'usage du public, soit au fonctionnement d'un service public. Afin d'assurer la protection du domaine public, celui-ci est inaliénable. Or, cette inaliénabilité du domaine public emporte l'interdiction de le grever de servitudes d'intérêt privé³ et a fortiori de l'aliéner sans contrepartie.

247. Les personnes publiques peuvent-elles consentir, sur leur domaine privé, une libéralité aux fins de doter la personne morale nouvelle ? Si, en principe, elles peuvent, sur ce domaine, exercer toutes les prérogatives des personnes privées, la liberté d'emploi des biens de leur domaine privé connaît des limites parmi lesquelles figure l'interdiction, pour elles, de consentir des libéralités⁴. Ce principe d'origine coutumière est fondé sur l'idée

¹ Cf. supra, n° 216 et s.

² Il est vraisemblable que les actes juridiques par lesquels les fondateurs dotent la personne morale nouvelle sont de nature différente selon qu'ils émanent de personnes morales privées ou de personnes publiques.

³ Cf. Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, J.C.P. 1994, IV, 1177 dont il ressort que les biens du domaine public ne peuvent être grevés d'un droit de passage en cas d'enclave. Pour une illustration récente de la particularité du régime des biens appartenant aux établissements publics industriels et commerciaux, v. Conseil d'Etat, 23 oct. 1998, D. 1998, I.R., 253.

⁴ F. Terré et P. Simler, Les biens, op. cit., n° 539 ; C. Debbasch, J. Bourdon, J. Pontier, J-C. Ricci, Droit administratif des biens, Thémis Droit public, P.U.F., 1994, p. 52. Contra, G. Courtois, Droit et fiscalité des fondations et associations, Nouvelles fiscales n° 596 (spécial), 15 décembre 1989, p. 14.

Afin de contourner cette interdiction de consentir des libéralités, les collectivités publiques ont pris l'habitude de conclure des ventes pour un « prix symbolique ». La licéité de cette opération a été affirmée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Commune de Fougerolles du 3 nov. 1997 (D. 1998, J., 131, note J.F. Davignon, J.C.P. 1998, II, 10007, note R. Piastra, A.J.D.A. 1997, 1010, note L. Richer). Dans cette affaire, une commune avait cédé à une entreprise un terrain pour le prix symbolique de 1 franc à condition que

que les citoyens doivent être égaux dans l'utilisation des biens publics¹.

Aussi, les personnes morales de droit public usent-elles, pour fonder, des procédés de droit public. La dotation sera ainsi constituée de ressources du budget annuel².

248. Il va de soi, en revanche, que les personnes morales de droit privé ne sauraient utiliser que des actes de droit privé pour créer une personne morale nouvelle.

b- Nature juridique de l'acte de dotation émanant de personnes physiques ou morales de droit privé : offre de donation.

249. La nature libérale de l'acte de dotation effectué du vivant du fondateur ne fait aucun doute. Les deux éléments de la libéralité (élément matériel et élément moral) sont réunis dans l'acte de dotation. Il est vrai que l'existence de l'élément économique de la libéralité (l'appauvrissement du disposant) avait été, pendant un temps, contestée au motif que le fondateur recueille, en échange de l'aliénation des biens qu'il consent, un avantage moral, qui réside dans le prestige, l'influence morale qu'il pourrait exercer sur ces concitoyens³. Mais, la satisfaction d'un simple intérêt moral n'est pas de nature à disqualifier l'acte de dotation en un acte à titre onéreux en l'absence de contrepartie antagoniste⁴. Aussi, cette contrepartie, on a cru la trouver dans l'obligation pesant sur la personne morale de donner aux biens l'affectation prévue dans les statuts. Mais on perçoit aisément l'artificialité de l'analyse dans la mesure où la réalisation par la personne morale de l'objet en vue duquel elle a été créée est difficilement assimilable à une obligation véritable. Et quand bien même elle le serait, cette obligation ne peut être constitutive de l'équivalent du titre onéreux faute de réaliser un sacrifice pour celui qui l'effectue.

250. Ainsi, l'acte de l'acte de dotation, acte libéral, constitue pour certains une donation pure et simple⁵. Selon la pratique administrative, en revanche, l'acte de dotation est une

celle-ci s'engage, en contrepartie, à créer des emplois. Il a été décidé que cette cession constituait une aide indirecte à la création d'emplois régie par la loi du 7 janv. 1982, qui ne contrevenait pas au principe constitutionnel « selon lequel une collectivité publique ne peut céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes ».

¹ J.F Davignon, loc. cit., p. 134.

² En ce sens, G. Courtois, op. cit., p. 14.

³ En ce sens, G. Jèze, Principes généraux du droit administratif, 3^{ème} éd., tome 2, Paris, Giard, 1930, p. 188.

⁴ Cf. supra, n° 44 et s.

⁵ V. par ex., M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 916 ; G. Ripert et J. Boulanger, tome 4, op. cit., n°

donation sous condition suspensive de la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre projetée.

L' inanité de ces analyses a été mise en lumière par Henri Souleau¹. La donation est un contrat qui suppose un accord de volonté. Or, aucun accord de volonté ne peut se produire tant que la personne morale n'accède pas à la vie juridique c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas reconnue d'utilité publique. De plus, la condition est une modalité extérieure au rapport de droit considéré qui doit, dès avant, réunir tous ses éléments constitutifs. Et comme l'existence du donataire est un élément essentiel de la donation qui ne peut pour cette raison être mis in conditione, la manifestation de volonté du fondateur ne peut s'analyser qu'en une offre de donation à personne morale future. Cette qualification est d'ailleurs confirmée par l'existence de l'autorisation administrative d'accepter dans le décret de reconnaissance d'utilité publique².

251. L'analyse de l'acte de dotation en une offre de donation méritait cependant d'être éprouvée. C'est ce à quoi s'est employé Henri Souleau lorsqu'il examina la validité de cet acte³. En effet, la validité d'une offre de donation à personne future et incapable n'allait pas de soi. Pour l'admettre, il fallait démontrer que malgré l'inexistence de l'accipiens, l'offre du fondateur présente tous les caractères d'une offre de contracter⁴ tant par sa fermeté que par sa précision, ce conformément au Droit commun de l'offre de contracter⁵. Il s'avère, en effet, que tant par son objet (la nature et la valeur des biens donnés) que par la détermination de son destinataire (particulièrement importante pour un contrat conclu intuitus personae), l'offre de donation remplit la condition de précision⁶. De plus, la

3732.

¹ Thèse préc., n° 199 et s.

² Rappelons que l'autorisation administrative d'accepter conditionne le droit d'accepter la libéralité par l'accipiens.

³ H. Souleau, thèse préc., n° 206 et s.

⁴ En effet, l'inexistence du donataire au moment de l'émission de l'offre de donation n'empêche pas que le donataire soit déterminé puisque c'est le fondateur lui-même qui le « façonne lui-même comme il l'entend par la rédaction des statuts » (H. Souleau, thèse préc., n° 207).

⁵ J.L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 109, 1970, préface J. Flour, n° 36 et s. ; cf. cependant, M.L. Izorche, thèse préc., n° 143, p. 99, qui soutient qu'en réalité, « ce ne sont ni la déclaration, ni les précisions qui font de l'offre un engagement mais la conscience qu'a le sujet de la situation et l'acceptation par ce dernier des conséquences probables attachées à celle-ci », déclaration et précisions n'intervenant que « comme révélateurs de l'existence de cette conscience chez le sujet ».

⁶ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 205 et s.

fermeté de l'offre est indiscutable car « la proposition est adressée, sans réserve d'agrément, à une personne déterminée... »¹.

252. La qualification de l'acte de dotation en une offre de donation à une personne morale future ne semble donc pas souffrir de controverse. Pour le cas où un doute subsisterait sur la validité d'une telle offre, il² a été proposé d'inscrire l'opération dans le cadre contractuel. Selon les tenants de cette opinion, l'acte de dotation réaliserait une offre de contrat pour autrui en faveur de la personne morale projetée. Dans cette perspective, le fondateur jouerait le rôle de promettant en faisant à l'autorité administrative l'offre de donner à la fondation, tiers bénéficiaire, les biens nécessaires à sa dotation et par la reconnaissance d'utilité publique, l'Etat accepterait cette offre.

A l'objection selon laquelle le mécanisme produirait un renversement des rôles, l'offre émanant, en ce cas, du promettant et non du stipulant, il fut répondu que la liaison stipulant-initiative dans la stipulation pour autrui n'avait rien de juridique³.

253. Pour séduisante qu'elle soit, la démonstration ne convainc guère, car elle tente facticement de faire entrer une opération de droit public (la reconnaissance d'utilité publique) dans les catégories juridiques du droit privé. En outre, ce faisant, on aboutit à faire de l'Etat cocontractant le cofondateur de la personne morale⁴. Enfin, en l'état actuel du Droit positif, la qualification n'est pas admissible, car la fondation ne devient créancière de l'obligation de donner qu'après acceptation de sa part alors que le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est créancier de l'obligation sans avoir à manifester son acceptation.

254. De cela, il résulte que la manifestation de volonté du fondateur ne peut réaliser qu'une offre de donation à personne morale future. La même qualification s'impose-t-elle lorsque la dotation n'est pas versée en une seule fois à la fondation ?

Le fractionnement de la dotation a été envisagé par le législateur dans l'article 18-1 de

¹ H. Souleau, thèse préc., n° 208.

² H. Souleau, thèse préc., n° 230 et s. En réalité, Henri Souleau n'a pas, ce faisant, cherché à expliquer le droit positif mais a simplement tenté de faire entrer dans une figure connue du droit positif français l'acte de fondation qui transférerait la propriété des biens à la fondation personne morale nouvellement créée sans que la fondation ait à accepter.

³ V. H. Souleau, thèse préc., n° 231 p. 399.

⁴ La thèse de l'Etat cofondateur est défendue par Sébag (La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938, p. 335 et s.). Selon cet auteur, dès que l'Etat a pris connaissance de la volonté d'affecter du fondateur, un avant-contrat de droit public se forme. L'auteur

la loi du 23 juillet 1987. Celui-ci prévoit que la dotation initiale d'une fondation reconnue d'utilité publique peut être versée en plusieurs fractions pendant une période maximale de cinq ans qui court à compter de la reconnaissance d'utilité publique.

Pour autant, la donation du capital composant la dotation de l'œuvre n'est pas postérieure à la reconnaissance d'utilité publique de la fondation. Dès avant, l'établissement doit avoir acquis un droit au paiement du capital. Admettre la solution inverse serait risquer de voir se créer des établissements reconnus d'utilité publique privés de capital, car le fondateur demeurerait libre de renoncer à transférer des biens, une fois la personne morale créée¹. Nous pensons donc qu'ici aussi, le fondateur doit exprimer, par une offre de donation, avant d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique, la volonté de transférer le capital promis à l'établissement projeté. Cette offre de donation devient ensuite parfaite par l'acceptation de la fondation, une fois celle-ci reconnue et autorisée. La donation est alors formée, seule son exécution est retardée². Tout se passe comme si l'obligation de donner du fondateur était affectée d'un terme suspensif. Ainsi, l'exécution de l'obligation ne peut être exigée avant l'échéance du terme qui ne peut dépasser, selon la loi, cinq ans. Jusqu'à l'échéance de ce terme, la fondation-personne morale est titulaire d'un droit qu'elle peut protéger, s'il est en péril, par des mesures conservatoires mais elle ne peut exiger le transfert des biens.

255. A la qualification d'offre de donation est attachée une conséquence pratique liée au respect des exigences de forme des libéralités. L'offre de donation doit normalement revêtir la forme authentique, plus précisément celle d'un acte notarié. Mais l'on sait que la forme notariée des donations n'est toujours pas exigée ; il en est ainsi pour les dons manuels où la tradition remplit le rôle de formalisme de substitution³. Il est pourtant très improbable que l'acte de dotation d'une fondation puisse constituer un don manuel même s'il porte sur des biens mobiliers. En effet, le mécanisme, tel qu'il a été précédemment

en tire pour conséquence que le décès du fondateur n'entraîne pas la chute du projet de fondation.

¹ Cela ne se produit pas lorsque l'acte de dotation s'analyse en une offre de donation dans la mesure où la révocation de l'offre de donation entraînera la chute du projet de fondation.

² L'échelonnement des versements de la dotation initiale n'empêche pas la qualification de donation, car un droit sur le capital promis est réellement transmis au donataire par le donateur, seule son exécution est différée. De ce fait, la donation présente bien les caractères d'actualité et d'irrévocabilité exigés par l'article 894 du Code civil : v. Req., 19 fév. 1878, D.P. 1878, 1, 377.

³ En ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 397 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1461. Contra, Terré et Lequette, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 490 ; J.F. Montredon, thèse préc., n° 49 et s.

exposé, se compose d'une offre de donation faite antérieurement à la reconnaissance d'utilité publique et suivie de l'acceptation de la fondation reconnue et autorisée. Comme la promesse du fondateur de verser les fonds est antérieure à la tradition des biens mobiliers (qui par hypothèse, ne peut se produire qu'une fois l'établissement reconnu et autorisé à accepter), la rédaction d'un simple écrit sous seing privé ne peut suffire, car une promesse de don manuel est dénuée de valeur¹.

256. La même qualification s'impose lorsque la dotation est réunie par l'ouverture d'une souscription publique. Certaines personnes appelées « organisateurs » sont chargées par d'autres personnes appelées « souscripteurs » de consacrer les fonds que ces derniers leur ont remis ou qu'ils se sont engagés à leur remettre à la réalisation d'un but déterminé dont un tiers sera bénéficiaire².

La nature du rapport juridique entre souscripteurs et bénéficiaires relève sans aucun doute de la catégorie des libéralités, plus précisément de la catégorie des donations³. Pourtant, une jurisprudence constante⁴ soustrait la souscription aux formes solennelles des donations. Or, comme l'engagement du souscripteur n'est pas toujours concomitant au versement de la somme promise⁵, la souscription devrait être nulle puisqu'une promesse de don manuel ne peut produire aucun effet.

257. Diverses justifications du défaut de formalisme ont été avancées. Certaines mettent en doute le caractère de libéralité de l'acte de souscription pour y voir un contrat à titre onéreux sui generis⁶ entre organisateurs et souscripteurs. D'autres, sans nier la nature libérale de la souscription, ont justifié la solution soit par l'utilité sociale de cette catégorie de libéralités⁷ soit par son caractère de donation indirecte. Cette dernière proposition se

¹ Pour des arrêts consacrant la nullité de la promesse de don manuel, cf. supra, n° 181. Contra, M. Pomey, L'acte de fondation en Droit français, loc. cit., p. 32 ; cf. également, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 36. Le Conseil d'Etat affirme que l'Administration se contente d'une délibération de l'organe dirigeant d'une personne morale lorsque la donation porte sur des biens meubles.

² En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 29.

³ En ce sens, R. Nerson, note sous T. civ. Saint-Etienne, 8 juill. 1957, D. 1957, J., 146.

⁴ Cf. par exemple, le célèbre arrêt Bailly, Civ., 5 fév. 1923, D.P. 1923, 1, 20.

⁵ Lorsque la souscription est accompagnée du versement de son montant, il y a don manuel valable ; le fait que la tradition ait lieu entre les mains de l'organisateur n'y change rien, car le don manuel peut valablement être réalisé par l'intermédiaire d'un tiers, agissant pour le compte du donataire (A. Ponsard, thèse préc, p. 98).

⁶ Nancy, 17 mars 1920, D.P. 1920, 2, 65, note J. Appleton et sur pourvoi, Civ., 5 fév. 1923, D.P. 1923, 1, 20.

⁷ J. Marx, Les donations par souscription, thèse Nancy, 1934, p. 12 et s. ; cette thèse ne recouvre cependant

recommande de la formule de la Cour suprême selon laquelle « la souscription, par sa nature, n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'article 931 du Code civil pour les actes portant donation entre vifs »¹, formulation traditionnellement utilisée par la Cour suprême pour valider les donations indirectes.

258. Aussi, la qualification de donation indirecte a-t-elle été justifiée par l'existence d'une stipulation pour autrui entre souscripteurs et organisateur. Il y aurait ainsi de la part des souscripteurs une stipulation exigée de l'organisateur².

Cette stipulation pour autrui peut réaliser, soit une donation avec charges dans l'intérêt d'un tiers, soit un contrat à titre onéreux. L'analyse de la souscription en une donation avec charge dans l'intérêt d'un tiers pêche du fait de l'absence d'avantage objectif procuré à l'organisateur³ sans lequel la notion de donation ne se conçoit pas, la satisfaction morale ressentie par l'organisateur ne suffisant pas à caractériser l'acte libéral. Cette grave faiblesse dans l'analyse a conduit un auteur⁴ à qualifier le rapport juridique entre souscripteur et organisateur de contrat à titre onéreux. Mais pour qu'il en soit ainsi, le contrat liant le souscripteur à l'organisateur doit être économiquement autonome ; « il ne doit pas s'agir d'une simple retransmission »⁵.

Or, si l'organisateur se contente de lancer l'idée de la souscription, d'en informer le public afin de provoquer la générosité des donateurs, il ne joue aucun rôle économique. Le contrat liant l'organisateur et les souscripteurs n'acquiert une autonomie véritable que lorsque l'organisateur assume des charges véritables⁶.

259. Et il paraît difficile de caractériser l'existence de telles charges dans la prestation de l'organisateur d'une souscription aux fins de constitution de la dotation de la fondation. Aussi, la souscription publique paraît davantage s'apparenter à la technique juridique de la

pas toutes les hypothèses de souscription publique : il en est ainsi de celle organisée en faveur d'un particulier.

¹ Civ., 5 fév. 1923, D.P. 1923, 1, 20.

² En ce sens, R. Demogue, obs. sous Paris, 21 oct. 1902, R.T.D.C. 1903, 648 et 649. Sur cet arrêt, v. également, C. Claro, note au D.P. 1903, 2, 121.

³ En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 30, p. 43. On ne saurait tirer argument de la situation du légataire universel qui reste légataire malgré l'absence d'émolument (cf. supra, n° 72).

⁴ C. Claro, note au D.P. 1903, 2, 121.

⁵ J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 31.

⁶ Ce qui serait le cas lorsque l'organisateur doit désigner lui-même les bénéficiaires d'une œuvre impersonnelle (R. Nerson, note préc., p. 147).

représentation¹. L'organisateur est le mandataire des souscripteurs ; il offre de remplir le rôle de mandataire et en souscrivant, le donateur accepte cette offre. Ainsi, c'est au nom des souscripteurs-fondateurs que le comité d'organisation adressera au gouvernement la demande de reconnaissance d'utilité publique, et, en leur nom également, que l'organisateur offre à la fondation future de lui donner le capital constitutif de la dotation. C'est pourquoi la qualification de l'acte de dotation est identique que celui-ci émane directement du fondateur ou de son représentant, l'organisateur : l'acte de dotation réalise une offre de donation².

260. Jusqu'alors, nous avons raisonné sur l'hypothèse de transfert de la dotation la plus simple, celle du transfert direct de la dotation. La pratique connaît des combinaisons plus complexes qui font intervenir un organisme intermédiaire.

B- Le transfert indirect de la dotation.

261. Le transfert indirect de la dotation recouvre toutes les hypothèses dans lesquelles la dotation de l'œuvre transite, avant de parvenir à la fondation reconnue d'utilité publique, par le patrimoine d'une personne physique ou morale.

262. La création d'une fondation par l'intermédiaire d'un tiers (le plus souvent une personne morale) est surtout utilisée pour la constitution de fondations collectives c'est-à-dire de fondations à l'origine desquelles concourent de multiples fondateurs (personnes physiques ou morales).

Le mécanisme se différencie du procédé du legs avec charge de fonder, car il n'a pas pour but de pallier une impossibilité juridique. Il a pour seule ambition de faciliter la création de fondations d'utilité publique en préparant l'activité de cette dernière³ ou en permettant la réunion de la dotation. Ce faisant, on évite, en cas de fondations collectives, que la modification de la situation d'un des fondateurs (décès, incapacité, liquidation judiciaire) au cours de la procédure de reconnaissance d'utilité publique ne fasse échouer

¹ En ce sens, J.J Dupeyroux, thèse préc., n° 32 ; R. Nerson, loc. cit., p. 147. La jurisprudence a, elle aussi, décidé que l'organisateur recueillait les sommes du souscripteur à titre de mandataire : cf. notamment, Besançon, 26 mai 1882, S. 1883, 2, 121, note J. Ruben de Couder, G.P. 82, 2, 253 ; Civ., 3 mars 1885, D.P. 1885, 1, 411, S. 85, 1, 168 ; Req., 5 juill. 1887, D.P. 1887, 1, 325, S. 87, 1, 469 ; Bourges, 1^{er} mai 1900, D.P. 1900, 2, 425.

² En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 201.

³ Pour un exemple d'emploi de ce procédé, cf. E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 219.

le projet de fondation.

263. Le succès du procédé implique néanmoins que la personne morale intermédiaire ne soit pas de constitution plus difficile que la fondation reconnue d'utilité publique. Aussi, la création d'une association déclarée est-elle préconisée¹. Pourtant, il apparaît que le recours à l'association déclarée est plus utile pour réunir des fondateurs ou commencer les manoeuvres préparatoires à l'activité de la future fondation que pour constituer, même en partie, la dotation et ce, en raison de la capacité de recevoir à titre gratuit limitée des associations déclarées². De plus, la création d'une association déclarée à seule fin de réunir la dotation n'est pas, au plan strictement juridique, sans susciter quelques réserves. Dans cette situation, l'association n'est plus l'expression d'un effort collectif de réalisation d'un but d'intérêt général, car, à cette occasion, l'association ne poursuit aucune activité sociale. En ce sens, l'emploi de l'association est instrumentalisé et cette instrumentalisation confine à la dénaturation de cette forme de personne morale³.

264. Quoi qu'il en soit, une fois sa mission achevée (réunion d'une partie de la dotation ou préparation de l'activité de la future fondation), l'association en principe se dissout pour attribuer son actif à la fondation nouvellement créée⁴. La dévolution des biens d'une association se fait conformément aux statuts (article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et 14 du décret du 16 août 1901). En effet, la transmission des biens de l'association peut être, dès l'origine, organisée par les sociétaires dans toutes ses modalités (et notamment celle de désignation des bénéficiaires). A défaut de dispositions statutaires, l'assemblée générale fixe les règles de dévolution (mêmes textes). Selon l'article 14 du décret de 1901, la dévolution intervient après la liquidation de l'association et ne porte que sur un actif net, sur des biens déterminés. Dès lors, l'opération de dévolution ne peut réaliser qu'une transmission d'un bien ou d'un droit, à titre gratuit ou onéreux⁵.

265. De la détermination de la nature de l'acte de dévolution dépendront les droits de mutation exigibles. Le caractère onéreux de l'acte de dévolution résulte, en particulier, de

¹ V. E. Baron et X. Delsol, *op. cit.*, n° 217.

² Sur ce point, cf. *supra*, n° 210 et s.

³ Il en serait autrement si l'association déclarée préparait l'activité future de la fondation.

⁴ A titre d'exemple de ce mode de création de fondations, v. les Maisons claires (1919), la fondation franco-américaine de Berck-sur-mer (1923), la fondation régionale de l'Ouest de la ligue contre le cancer (1929).

⁵ V. Rouen, 5 juill. 1972, D. 1972, somm., 169 ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 1973, Bull. civ. I, n° 304, p. 305.

la stipulation, à la charge de l'attributaire des biens, d'obligations nouvelles ou de la poursuite des obligations de l'association dissoute à la condition cependant, que ces charges correspondent au moins à la valeur des biens transmis¹. En l'absence de telles obligations, la transmission des biens de l'association déclarée à la fondation d'utilité publique ne peut être qu'une mutation à titre gratuit. Or, le caractère d'utilité publique de la fondation lui permet de solliciter le bénéfice des dispositions de l'article 1039 du C.G.I. Selon cet article, la dévolution, en tant que transfert de biens, ne donne lieu à aucune perception des droits d'enregistrement si elle intervient dans un intérêt général et de bonne administration et à condition que les biens restent affectés au même objet². La fondation d'utilité publique devra toutefois acquitter la taxe de publicité foncière pour les biens immobiliers (art.1020 du C.G.I).

266. Quelle que soit le mode de transmission de la dotation à la fondation, la validité de l'acte de dotation par acte entre vifs est généralement admise. Cette quasi-unanimité doctrinale contraste avec les controverses qui ont fait jour sur la validité de l'acte de dotation fait par testament. La discussion a d'ailleurs pris un nouveau visage avec la consécration législative du legs direct à une personne morale future.

II- Analyse de l'acte de dotation fait par testament.

267. Longtemps, l'admission de la validité du legs direct à un établissement à créer a opposé Conseil d'Etat et Cour de cassation et ce, malgré l'effort constant des civilistes pour fournir une assise théorique à la reconnaissance de la validité de cet acte. Le législateur a mis un terme définitif à cette divergence en validant le legs direct à personne morale future par la disposition de l'article 18-2 issue de la loi du 4 juillet 1990.

268. Après un rappel de l'état du Droit antérieur à la loi du 4 juillet 1990 (A), nous nous attacherons à décrire la situation actuelle (B).

¹ En ce sens, X. Meyer, La dévolution des biens d'une association, Rép. Déf., 1996, n° 36261, n° 11. Cf. Rouen, 5 juill. 1972, D. 1972, somm., 169 ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{re}, 11 déc.1973, Bull. civ. I, n° 304, p. 305.

² Cf. toutefois, Tribunal administratif de Grenoble, 6 mai 1998, req., n° 94-1381 cité par R. Brichet, loc. cit., n° 91, qui décide qu'est entachée d'une erreur de droit la décision du Préfet qui rejette la demande faite par une fondation de se voir appliquer les conditions posées par l'article 1039 du C.G.I au motif que le bénéfice des dispositions de cet article suppose nécessairement une acquisition à titre gratuit.

A- Rappel de l'état du Droit antérieur à la loi du 4 juillet 1990.

269. L'état du droit antérieur à l'intervention législative était caractérisé par le refus de la jurisprudence civile d'admettre la validité du legs direct adressé à une personne morale future. A la faveur d'action en contestation de la validité du legs constitutif de la dotation intentée par les héritiers du testateur, la Cour suprême a affirmé avec constance la nullité d'une telle disposition testamentaire¹ en se fondant sur l'article 906 alinéa 2 du Code Civil, pourtant écrit pour les personnes physiques². Cet article, qui dispose qu'il faut, pour être gratifié, être conçu au jour de l'ouverture de la succession, tend à éviter qu'au jour du décès des biens se trouvent sans maître. Inexistante au moment du décès du testateur, la fondation-personne morale est radicalement incapable de recueillir les dispositions faites directement en sa faveur.

Cette intransigeance judiciaire contraste avec l'attitude compréhensive de la pratique administrative qui accorde à la personne morale projetée la reconnaissance d'utilité publique et l'autorisation administrative d'accepter la libéralité constitutive de la dotation. A cet effet, l'autorité administrative reconnaît au décret de reconnaissance d'utilité publique un caractère rétroactif qui prend effet à la date du décès du testateur³.

270. Le caractère rétroactif de l'acte régalien de reconnaissance a pu être expliqué par l'existence d'une condition suspensive légale tenant à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique⁴. Cette opinion⁵ a voulu faire de l'obtention de l'autorisation administrative l'événement futur et incertain constitutif de la condition. Par la fiction de la rétroactivité, la fondation-personne morale serait alors réputée exister et capable de

¹ En ce sens, cf. Civ., 14 août 1866, S. 1867, 1, 61, D. 1867, 1, 110 ; Civ., 7 fév. 1912, D. 1914, 1, 433, S. 1914, 1, 305, note L. Hugueney, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 454, note H. Donnedieu de Vabres et plus récemment, Civ. 1^{re}, 22 juill. 1987, (Fondation Dupré), Bull. civ. I, n° 258, G.P. 1987, 2, pan., 269, G.P. 1988, 1, 137, note E.S. de la Marnière sur le motif suivant : « Il résulte de l'article 906, qui traduit le principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit, que le legs fait à une fondation non existante au jour du décès est nul ; à défaut de texte contraire, une déclaration ultérieure d'utilité publique ne saurait priver les héritiers des droits à eux acquis par le fait même de ce décès, l'existence juridique n'étant, sous aucun rapport, antérieure à la décision qui la fonde ». Et sur renvoi, Civ. 1^{er}, 14 mai 1991, Bull. civ. I, n° 159, D. 1992, J., 149, note E. Agostini.

² C'en tout cas ce qui peut être induit du texte même de l'article 906 du Code civil (en ce sens, H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1420).

³ Cf. par ex., avis du Conseil d'Etat du 30 juill. 1884, D. 19 janv. 1903, Bull. lois 1903, partie suppl., n° 3677, p. 899.

⁴ M. Pomey, L'acte de fondation en Droit français, loc. cit., p. 27.

⁵ Cette théorie a eu la faveur de Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, loc. cit., 277 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 918.

recevoir au jour de l'ouverture de la succession.

A la vérité, une telle conception se heurte à la nature de la condition qui, simple modalité, ne peut affecter un élément essentiel du rapport de droit tel que l'existence du légataire¹.

271. Certains civilistes² ont préféré se référer à la théorie ingénieuse de la conception civile³ qui prétend étendre aux personnes morales la faveur accordée aux enfants simplement conçus nés vivants et viables⁴ (article 906 du Code civil)⁵. Ainsi, les fondations auraient, tout comme les personnes physiques, une existence préparatoire à leur naissance⁶. Par conséquent, la reconnaissance administrative aurait un caractère déclaratif ; elle ne ferait que reconnaître une personne morale préexistante⁷. La date de la conception diverge selon les auteurs qui la font remonter pour les uns, au simple projet de fondation décrit par le testament⁸ et, pour les autres, à la réunion de l'ensemble des pièces nécessaires à la demande de reconnaissance (projet de statuts, demande de reconnaissance adressée au gouvernement, projet de budget...).

A l'encontre de la théorie de la conception civile⁹, on a objecté que l'article 906 du Code civil formule une fiction qui doit être limitée aux personnes réelles. L'objection n'est pas décisive, car l'article 906 du Code civil énonce une réalité et non une fiction. Ainsi,

¹ On a, en outre, fait valoir que le legs conditionnel donnait naissance à un droit éventuel qui ne peut se concevoir sans titulaire (H. Souleau, thèse préc., n° 152, p. 268).

² V. par ex., H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1420.

³ Il ne semble pas que cette théorie de la conception civile ait droit de cité dans notre Droit positif. Ainsi, si l'article 1843 du Code civil prévoit la reprise par la société des engagements souscrits en son nom une fois qu'elle est immatriculée, il paraît difficile d'expliquer cet article par l'adage *infans conceptus*, car l'application de cet adage ne permettrait que la reprise des engagements avantageux pour la société : en ce sens, Y. Guyon, op. cit., n° 164.

⁴ Vareilles-Sommières (op. cit., p. 622) a pu qualifier cette théorie de « théorie obstétrico-juridique ».

⁵ Par rapport à la théorie précédente du legs conditionnel, cette opinion ne peut se voir reprocher de faire porter la condition sur un élément essentiel du rapport de droit, car la rétroactivité du décret de reconnaissance d'utilité publique porte sur la capacité de recevoir d'un être déjà conçu donc existant (H. Souleau, thèse préc., n° 153, p. 270).

⁶ En sens inverse, il a été prétendu que l'enfant conçu, contrairement à la fondation, doit nécessairement venir au monde (A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 103). Il est piquant de relever que Coquet (thèse préc., n° 87, p. 105) a conclu, en sens inverse, que la fondation a plus de chances de naître que l'enfant, car la libéralité a justement pour but de créer cet établissement.

⁷ E. Coquet, thèse préc., p. 114.

⁸ E. Coquet, thèse préc., p. 114 ; H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, loc. cit., p. 277

⁹ Cf. également l'argument de Lambert (thèse préc., n° 339) selon lequel l'assimilation des personnes morales non reconnues aux enfants simplement conçus n'aurait pu être faite que par le législateur.

l'enfant conçu est un sujet de droit, car il est déjà doué de vie¹. De même, on peut admettre que les personnes morales sont des réalités.

On a également invoqué le fait qu'en l'absence d'un texte impartissant un délai pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique, les droits des héritiers et le sort des biens seraient suspendus pendant trente ans². La pratique administrative résout, toutefois, la difficulté en autorisant les héritiers à mettre en demeure le gouvernement de se décider³.

En réalité, la seule objection sérieuse à la théorie de la conception civile a été exposée par Sébag dans sa thèse⁴. Elle repose sur l'idée que l'analogie entre la conception des personnes physiques et la constitution des personnes morales est artificielle, car, à la différence de la conception des personnes physiques, la constitution des personnes morales est « une création de la volonté humaine ». « Or cette volonté est en principe libre, et par voie de conséquence variable »¹.

272. De toute façon, l'autorité administrative n'a entendu consacrer aucune de ces théories doctrinales civilistes et rattache l'effet rétroactif de la reconnaissance d'utilité publique à l'exercice d'une prérogative de droit public, celle-là même qui permet à la puissance publique d'accorder ou de refuser la reconnaissance d'utilité publique à une entité, l'autorise à fixer le point de départ de son existence comme bon lui semble. Encore faut-il signaler que la pratique administrative n'utilise, en principe, de la rétroactivité du décret de reconnaissance d'utilité publique qu'autant que les héritiers du *de cujus* consentent à ne pas s'opposer à l'exécution de la libéralité. Dès lors, l'opposition entre jurisprudence judiciaire et pratique administrative s'est atténuée pour n'apparaître que dans les rares hypothèses où le Conseil d'Etat s'était abstenu de tenir compte de l'opposition des héritiers, parfois lointains, à l'exécution du testament.

273. Cette divergence d'appréciation entre jurisprudence judiciaire et pratique administrative a finalement été tranchée par le législateur en faveur de la pratique

¹ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 154, p. 273. Dans le même sens, G. Wicker, thèse préc., n° 182 et s. Pour cet auteur, « c'est l'aptitude à la relation juridique qui conditionne la reconnaissance juridique de la personne » (thèse préc., n° 183) et « rien ne s'oppose à ce que l'aptitude à la relation juridique se manifeste par l'existence de l'intérêt juridique actuel de l'enfant conçu (personne humaine actuelle ou en gestation, selon la conception retenue), plutôt que par la présence physique individuelle » (thèse préc., n° 184).

² En ce sens, E. Lambert, thèse préc., n° 347.

³ En ce sens, R. Marguerie, Etude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, Rev. crit. lég. Jur. 1878, p. 513 et s.

⁴ Thèse préc., p. 324 et s.

administrative c'est-à-dire de la validité du legs direct à une personne future.

B- La reconnaissance législative de la validité du legs à fondation future.

274. L'article 18-2 issue de la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi du 23 juillet 1987 a institué un mécanisme tendant à permettre la création directe de fondations testamentaires. La validité du legs à fondation future est subordonnée au dépôt de la reconnaissance publique auprès de l'autorité administrative dans l'année de l'ouverture de la succession (délai apparemment préfix)² et, bien évidemment, à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique. A ces conditions seulement, la personnalité morale de la fondation d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. Il semblerait que le législateur ait reconnu, par ce biais, la validité du legs assorti de la condition suspensive³ de reconnaissance d'utilité publique de la fondation.

275. La fiction de la rétroactivité n'étant pas à même d'effacer la réalité de l'existence d'une période intérimaire qui s'étend jusqu'à la reconnaissance d'utilité publique, la loi pourvoit, par un ensemble de mesures, au bon déroulement de la procédure de constitution de la fondation. Le premier élément du dispositif a pour but de remédier au défaut de désignation par le testateur des personnes devant effectuer les démarches de constitution de la fondation. Dans ce cas, la mission d'accomplir ces formalités incombera à une fondation reconnue d'utilité publique désignée par le représentant de l'Etat dans la région du lieu d'ouverture de la succession (article 18-2 alinéa 4). Le second élément du dispositif a pour objectif d'assurer la bonne gestion des biens légués à l'établissement à créer. Pour ce faire, la loi détermine les pouvoirs accordés aux personnes auxquelles est dévolue cette mission. Ces dernières sont, en effet, investies de la saisine sur les biens (meubles et immeubles) légués à l'établissement à créer et ne sont habilitées à accomplir sur ces biens, sauf disposition testamentaire leur accordant des pouvoirs plus étendus, que des actes d'administration (article 18-2 alinéa 5).

276. Le procédé institué par le législateur est louable dans son esprit (a) mais il appelle certaines réserves sur le plan de ses modalités techniques de réalisation (b).

¹ Ibid, p. 324.

² En ce sens, A. Sériaux, Jurisclasseur civil, article 906, 1996, n° 19.

³ Contra, A. Sériaux, loc. cit., n° 19, qui analyse l'opération en un legs sous condition résolutoire.

a- Les avantages du legs direct à personne morale future par rapport au legs avec charge de fonder.

277. On ne peut, d'abord, que se féliciter de l'admission de la validité du legs direct, car il est à même de mettre un terme au procédé indirect du legs avec charge de fonder que la doctrine n'a, nous le verrons¹, cessé de fustiger. D'aucuns proposent néanmoins de revenir à ce procédé². Aussi, nous paraît-il nécessaire de démontrer ce que ce mécanisme pouvait avoir d'artificiel.

278. Dans le souci de ne pas contrarier les élans de générosité de certains fondateurs, la jurisprudence judiciaire³ avait admis que le testateur pouvait léguer ses biens à une personne physique ou morale préexistante à charge pour elle d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre et de lui transmettre, une fois reconnue, les biens objet de la charge. S'il n'est pas l'exemple le plus ancien, l'affaire de l'académie Goncourt est certainement l'illustration la plus célèbre de cette jurisprudence. Dans cette affaire, les frères Goncourt avaient exprimé le désir de créer une institution qui leur survive et qui aurait pour objet de délivrer chaque année un prix littéraire à un ouvrage. Pour ce faire, le survivant des frères Goncourt disposa par testament de ses biens au bénéfice de l'institution et choisit pour réaliser ses volontés Alphonse Daudet et Léon Hennique, qu'il désigna comme ses exécuteurs testamentaires. Informé de l'irrégularité du procédé technique qu'il avait utilisé pour créer l'institution, il changea de formule. Au lieu de faire d'Alphonse Daudet et de Léon Hennique ses exécuteurs testamentaires, il les désigna comme étant ses légataires universels et les greva de la charge de créer un établissement autonome. La jurisprudence reconnut la validité du procédé.

Pour ce faire, elle écarta l'application de l'article 906 du Code civil à la libéralité avec charge de fonder, ce qui revenait à admettre la validité de la stipulation pour autrui au profit d'une personne future⁴. La distinction entre le legs avec charge de fonder et le legs direct à personne morale future repose sur le constat que le legs avec charge de fonder ne

¹ Cf. infra, n° 280 et s.

² Cf. infra, n° 560 et s.

³ Cf. par ex, Civ., 5 juill. 1886, 1, 465 ; Cass. Req., 6 nov. 1888, D. 1889, 1, 314 ; T. civ. Seine, 5 août 1897 (Affaire de l'académie Goncourt) et en appel, Cour d'appel de Paris, 1^{er} août 1900, S. 1905, 2, 78.

⁴ Pour une démonstration de l'inapplicabilité de l'article 906 du Code civil à la stipulation pour autrui en faveur de personnes futures, cf. E. Lambert, thèse préc., n° 149 et s.

fait naître aucun hiatus dans la propriété des biens affectés à l'œuvre durant la période allant du décès du *de cuius* à l'attribution des biens à la fondation nouvelle, car le légataire avec charge demeure le propriétaire juridique des biens jusqu'à la date de leur transmission finale à l'établissement nouveau¹.

279. Le mécanisme du legs avec charge de fonder a été largement utilisé par les juridictions judiciaires², parfois même de manière totalement artificielle³. Ainsi, sous couvert d'interprétation du testament, les juges du fond ont fait preuve de hardiesse en désignant eux-mêmes une personne physique ou morale comme légataire avec charge de fonder, faisant, là encore⁴, prévaloir le but poursuivi sur la technique employée.

280. La doctrine n'a pas manqué de dénoncer l'hypocrisie du procédé, son caractère de pur verbalisme. Les critiques ont été variées et d'inégale importance.

281. La critique la moins sérieuse a analysé le procédé du legs avec charge de fonder en une substitution fidéicommissaire. Il a été aisé de rétorquer que l'un des éléments de la substitution fidéicommissaire à savoir la seconde transmission des biens à *la mort du grevé* fait ici défaut⁵.

282. Plus sérieusement, on a, sans dénier la qualité de légataire de la personne désignée par le testateur, argué que l'obligation de donner imposée à ce dernier ne pouvait constituer qu'un legs et non une charge.

En effet, si la charge de fonder comporte une obligation de faire (entreprendre les démarches de reconnaissance d'utilité publique), elle contient également une obligation de dare, celle de transférer les biens à la personne morale nouvellement créée. Selon que la disposition testamentaire portant obligation de donner soit qualifiée de charge ou de legs, la validité du legs avec charge de fonder sera ou non reconnue. Car, alors que la charge

¹ C'est pourquoi la loi nouvelle a procédé à l'effacement du hiatus de propriété par la fiction de la rétroactivité.

² Pour un exemple récent, cf. Civ. 1^{re}, 9 janv. 1996, arrêt n° 98, pourvoi n° 94-12-543, Juridisque Lamy.

³ Cf. par ex, Aix, 9 mars 1909, Gazette des tribunaux du 25 avr. 1909, R.T.D.C. 1909, 426, obs. J. Hémard, D. 1909, 2, 310, S. 1909, 2, 79.

⁴ Nous retrouvons, en effet, le procédé déjà évoqué pour les fondations non autonomes, qui consiste dans la désignation judiciaire du chargé d'affectation : cf. infra, n° 172. M. Terré (L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J., 1956, n° 551) remarquait à ce propos que ce faisant, le juge procède à une qualification de rechange qu'il applique à un contenu identique.

⁵ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 173 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1421 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 601.

d'une libéralité peut bénéficier à une personne inexistante ou à une catégorie de personnes indéterminées, le legs suppose une personne apte à recueillir les biens, objet du legs¹.

Pour certains², la clause testamentaire portant obligation de donner ne peut jamais s'analyser en une charge et constitue toujours un legs. Selon eux, seule la disposition testamentaire qui met à la charge du gratifié une obligation de faire pourrait être qualifiée de charge en conséquence de quoi la charge de fonder comprendrait un legs accessoire nul.

Cette idée n'a pas prospéré en doctrine³, car elle ignore la nature de la charge qui consiste en une obligation incombant au gratifié principal, quel que soit l'objet de cette obligation. Au contraire, le legs constitue une libéralité directe. Le mérite d'avoir mis en lumière les conséquences de cette proposition revient à M^{elle} Bouyssou. Le bénéficiaire de la charge est *l'ayant cause* du gratifié principal et non celui du *de cuius*. Cette proposition prend tout son relief au cas de chute de la disposition principale. Le bénéficiaire de la charge n'acquiert les biens que si le legs principal n'est pas atteint de caducité ou d'invalidité⁴. En revanche, le légataire particulier ne pâtit pas de la caducité ou de la nullité du legs universel.

283. Partant de ce constat, il fut proposé de se fonder, pour marquer la distinction entre legs et charge, sur l'intention du testateur⁵. Selon que ce dernier a voulu faire du tiers bénéficiaire l'ayant cause du légataire ou le bénéficiaire d'une charge objective de la succession, la disposition réalisera ou non la charge d'une libéralité.

284. L'insatisfaction suscitée par un critère uniquement psychologique conduit à lui

¹ La distinction jurisprudentielle ainsi opérée entre libéralité directe et indirecte a été discutée par la doctrine qui douta de son bien-fondé. Les auteurs ont fait valoir que l'article 906 du Code civil prohibe indifféremment le legs comme la charge à personne future. D'ailleurs, l'article 906 du Code civil ne dit pas « par legs » mais par « testament » ce qui comprend tant le legs direct qu'indirect. La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection, car elle proclame la validité du legs avec charge de fonder (cf. H. Souleau, thèse préc., p. 322 et jurisprudence citée supra n° 278, note 3).

² H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, loc. cit., p. 265 ; E. Coquet, thèse préc., p. 158 et s.

³ V. par ex., M. Bouyssou, thèse préc., p. 154 et 155 ; J.J. Dupeyroux, thèse préc., p. 238, n° 225 ; H. Souleau, thèse préc., n° 182, p. 320 ; A. Françon, loc. cit., n° 11.

⁴ On rappellera, pour mémoire, les arrêts critiquables qui, malgré la renonciation du légataire, ont pu imposer la charge de fonder aux héritiers (cf. supra, n° 174).

⁵ M. Bouyssou, thèse préc., p. 156 ; H. Souleau, op. cit., n° 182, p. 322 ; A. Françon, loc. cit., n° 12. La Cour suprême n'a jamais indiqué quel était le critère de distinction entre la charge valable et le legs prohibé ; elle se réfugie derrière le pouvoir souverain des juges du fond : cf. H. Souleau, thèse préc., n° 182, et les arrêts cités par l'auteur note 3, p. 322.

préférer celui de M. Dupeyroux¹. Selon cet auteur, si une personne peut recueillir directement un bien dans la succession, la disposition constituera un legs. En revanche, lorsque le droit ne peut s'exercer qu'à l'encontre de la personne des héritiers ou légataires, nous sommes en présence d'une charge. Ainsi, au cas de disposition directe en faveur de personnes futures ou indéterminées, il n'y a pas de legs faute de personne à même de prélever les biens dans la succession. Dès lors, « si elle n'est pas intégrée expressément dans une obligation mise à la charge d'un successeur, la disposition est en réalité dépourvue de signification juridique »².

Appliqué aux fondations réalisées par testament, le critère amène à valider comme charge la disposition testamentaire par laquelle le fondateur met à la charge d'un successeur l'obligation de transférer les biens à la personne morale dont il doit opérer la création³. En revanche, si le fondateur omet de désigner un successeur pour réaliser cette tâche, la disposition testamentaire devrait être dénuée de valeur⁴.

285. La critique qui fait de la charge de fonder exécutée par un légataire véritable un legs à personne morale future est donc peu convaincante en comparaison de celle qui analyse l'opération en un legs direct adressé à une personne morale future.

Selon les tenants de cette opinion⁵, le legs avec charge de fonder camouflerait un legs direct adressé à une personne morale future. Aussi, dénonça-t-on dans le légataire grevé de la charge de fonder une personne interposée ou un exécuteur testamentaire.

L'idée prend ses racines dans la nature des obligations que doit accomplir la personne

¹ Thèse préc., n° 227.

² J.J Dupeyroux, thèse. préc., n° 227, p. 240.

³ Une autre justification à la qualification de charge et non de legs pourrait être trouvée dans le lien entre les obligations imposées à la personne chargée de créer une fondation autonome. En effet, quoi que l'on en dise, l'obligation de faire de la personne en charge de création de la fondation est indissociable de celle de transférer la propriété des biens à la personne morale nouvellement créée en ce sens que l'obligation de transférer les biens est l'accessoire de celle qui consiste à obtenir la création d'une personne morale nouvelle. En effet, l'obligation de donner ne s'impose à l'intermédiaire qu'une fois la personne morale créée. Elle n'est susceptible d'être exécutée que si l'obligation de faire a été accomplie, car, jusqu'à la création d'un établissement nouveau, cette obligation n'a pas de sens. L'obligation de donner est ainsi sous la dépendance de l'obligation de faire. Et comme l'obligation de faire ne peut réaliser qu'une charge, l'obligation de transférer les biens doit partager la même nature c'est-à-dire la nature d'une charge, d'une obligation incombant au successeur. Cette argumentation avait été utilisée par les juges du fond dans une affaire soumise à la chambre des requêtes le 8 avril 1874 (D.P. 1876, 1, 225, S. 1874, 1, 258).

⁴ Telle n'est pourtant pas la politique jurisprudentielle en matière de legs avec charge de fonder. La jurisprudence opère elle-même la désignation d'un successeur afin de réaliser la fondation (supra, n° 279 note 4).

⁵ H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum- Ballin, loc. cit., p. 261.

chargée de la création de la fondation autonome. A l'obligation de faire consistant à accomplir toutes les démarches nécessaires à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique se greffe une obligation de donner qui oblige l'intermédiaire désigné par le testateur à remettre les biens constituant la dotation à la personne morale nouvellement créée. Le fait que l'intermédiaire doive transmettre les biens et qu'il ne conserve, en définitive, aucun émolument a fait douter de sa qualité de légataire véritable. Il nous appartient de démontrer que si la personne en charge de la constitution de la fondation n'est pas une personne interposée (α), il est difficile de ne pas voir en elle un mandataire du *de cuius* (β)

α - la personne en charge de la création de la fondation n'est pas une personne interposée.

286. Pour les uns, le mécanisme du legs avec charge de fonder est une simulation qui a pour but de contourner l'incapacité du légataire véritable c'est-à-dire de la fondation à créer. Mais, on sait¹ que la prétendue incapacité de l'établissement à créer n'est pas une incapacité de droit mais un simple obstacle de fait résultant de l'inexistence momentanée du légataire. De plus, l'interposition de personne prohibée par l'article 911 du Code civil défend la désignation d'un intermédiaire ayant pour mission de transmettre des biens à un incapable. Or, telle n'est pas la situation en l'espèce, car l'établissement projeté ne recevra les biens qu'une fois reconnu d'utilité publique et autorisé, donc au moment où il sera capable de recevoir². Aussi, la jurisprudence³ a-t-elle, de tout temps, écarté ce reproche en se fondant sur la qualité de légataire sérieux de l'intermédiaire, qu'elle justifiait par l'intention réelle du disposant de transférer la propriété à l'établissement projeté⁴, ou en invoquant l'absence de véritable incapacité de l'établissement à créer⁵.

287. Dans le même ordre d'idées, on a nié la qualité de légataire de l'intermédiaire

¹ Cf. supra, n° 64.

² En ce sens, H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1421 ; J. Flour et H. Souleau, Droit civil, Les libéralités, op. cit., op. cit., n° 382 ; plus réservés, cf. F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 601.

³ Civ., 5 juill. 1886, D. 1886, 1, 465, S. 1890, 1, 241 ; Cass. civ., 12 mai 1902, D. 1902, 1, 425, S. 1905, 1, 137 ; T. civ. Seine, 1^{er} fév. 1927, D. 1928, 2, 121, note R. Savatier.

⁴ L'argument n'a pas convaincu ceux qui ont tiré des présomptions de l'article 911 alinéa 2 et l'article 1100 du Code civil la preuve que les personnes interposées peuvent recevoir en propriété. Sur la valeur de cet argument, cf. supra, n° 64.

⁵ Motif présent dans T. civ. Seine, 5 août 1897 (affaire Goncourt), S. 1905, 2, 78.

désigné par le testateur pour ne voir en lui qu'un exécuteur testamentaire, un mandataire du testateur, sans aucun droit sur les biens.

β- la personne en charge de la création de la fondation est un mandataire du *de cuius* et non un légataire véritable.

288. A l'instar de l'exécuteur testamentaire, la personne en charge de la création de la fondation exécute les vœux du défunt. De plus, comme lui, elle ne retire aucun bénéfice objectif de l'opération. Or, l'existence d'un legs suppose un émolument¹. L'analyse de la personne désignée par le testateur comme légataire en un exécuteur testamentaire conduit à la nullité de l'opération, car l'exécuteur testamentaire ne peut servir de support, même temporaire, aux biens².

289. Pour convaincante qu'elle soit, une telle argumentation se doit d'être nuancée : l'absence d'émolument ne fait pas obstacle à la qualité de légataire universel. Le légataire universel est plus le continuateur juridique du *de cuius*, un héritier testamentaire qu'un véritable gratifié³. L'argument subsiste néanmoins pour le legs particulier qui ne se conçoit pas sans émolument du légataire.

290. Pour tenter de démontrer que le gratifié immédiat n'est pas un légataire véritable, les auteurs⁴ ont jugé utile de recourir à la notion de cause dans les libéralités. Selon eux, la cause du legs réside dans l'intention libérale c'est-à-dire dans l'intention du testateur de gratifier le légataire. Aussi, peu importe que le légataire reçoive, en définitive, un émolument dès lors que cet émolument a existé dans la pensée du testateur⁵. Or, comme dans le procédé du legs avec charge de fonder, le testateur n'a pas eu l'intention de gratifier le légataire, le legs avec charge de fonder devrait être frappé de nullité pour absence de cause.

Pour tourner l'obstacle, il⁶ fut proposé de retenir une définition de l'intention libérale

¹ Il faut évidemment excepter le cas (rare) où l'intermédiaire désigné par le testateur bénéficie d'une libéralité du disposant. C'est ce qui se produira lorsque la charge de fonder n'absorbe pas l'entier émolument de la libéralité.

² En ce sens, E. Coquet, thèse préc., p. 117.

³ Cf. supra, n° 72.

⁴ A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 127 et s. ; H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, loc. cit., p. 262.

⁵ En ce sens, E. Coquet, thèse préc., p. 121.

⁶ E. Coquet, thèse préc., n° 104, p. 127.

davantage tournée vers l'auteur de l'acte et consistant dans la volonté du disposant de se dépouiller sans contrepartie¹. Cette explication ne satisfait guère l'esprit, car elle ne vaut que pour le gratifié final à savoir la fondation projetée. Or, juridiquement, une libéralité avec charge fait naître deux libéralités : une libéralité directe envers le donataire ou légataire sub modo et une libéralité indirecte envers le bénéficiaire de la charge. L'intention libérale entendue au sens de volonté de se dépouiller sans contrepartie devrait donc se retrouver à l'identique à l'égard de chacun des deux gratifiés. Or, si la volonté de recevoir sans contrepartie peut être caractérisée à l'égard du bénéficiaire final, elle est plus discutable à l'égard du gratifié immédiat.

Aussi, d'aucuns ont proposé d'opérer une distinction dans la catégorie des libéralités entre les libéralités pures et simples et celles faites dans un but déterminé². Ainsi, pour ces dernières, la cause de la libéralité résiderait dans l'intention de créer l'œuvre choisie par le disposant. Mais, si la cause du legs avec charge de fonder est placée dans l'obligation du légataire, l'opération ne tombe-t-elle pas dans l'onérosité ?

291. En réalité, toute obligation du gratifié ne caractérise pas l'équivalent-témoin du titre onéreux³. Seule l'obligation du légataire qui constitue, pour lui, un sacrifice est un équivalent du titre onéreux. Pour déterminer dans quel cas l'obligation du légataire constitue un sacrifice, nous avons précédemment établi, à propos des fondations non personnalisées, une distinction selon que la charge imposée est ou non conforme aux attributions de l'accipiens⁴. Dans le premier cas (conformité de l'affectation avec les attributions de l'accipiens), la disposition est gratuite, car elle n'impose aucun sacrifice à l'accipiens ; dans le second, l'acte de fondation réalise une opération onéreuse sauf lorsqu'il est fait par acte à cause de mort, car, dans ce cas, il bénéficie d'une gratuité formelle résultant de son insertion dans un testament.

¹ Pour justifier ce raisonnement, les auteurs ont voulu se fonder sur la jurisprudence en matière de libéralités assorties de conditions impossibles illicites ou immorales. Selon cette jurisprudence, la nullité d'une libéralité assortie de conditions impossibles illicites ou immorales n'est prononcée que si la condition est la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Pour les auteurs, si la nullité de ces libéralités est prononcée, c'est parce que l'animus donandi n'existait pas, car la réalisation de la charge était le but poursuivi. Mais, si tel était le cas, on devrait également annuler, pour absence de cause, toutes les libéralités qui trouvent leur cause dans la réalisation de la charge quand bien même la charge serait licite et exécutable : en ce sens, H. Pahlé, thèse préc., n° 54, p. 85. En vérité, la jurisprudence annule de telles libéralités non pour absence de cause mais pour illicéité de la cause.

² V. H. Capitant, La cause dans les libéralités, op. cit., n° 38.

³ Sur le critère entre acte à titre gratuit et acte à titre onéreux, cf. supra, n° 40 et s.

⁴ Cf. supra, n° 50 et s.

292. En application de ce critère la disposition testamentaire par laquelle le testateur désigne une personne en la chargeant de créer une fondation autonome et de transmettre à cette dernière, une fois reconnue, les biens objet de la charge réaliserait une opération onéreuse qui ne devrait sa qualification de legs qu'au fait qu'elle est insérée dans un testament. En effet, la création d'une personne morale entièrement autonome n'entre jamais dans les attributions normales d'un établissement (et donc a fortiori d'une personne physique) : elle ne lui permet ni d'étendre ni de développer ses activités puisqu'une fois créée, la fondation mène une vie autonome et ne poursuit donc aucune activité susceptible de bénéficier à l'intermédiaire.

293. Pourtant, cette qualification de l'opération ne nous paraît pas exacte, car la technique du legs avec charge de fonder relève, selon nous, du mécanisme de la représentation.

Il nous semble, en effet, que le mécanisme du legs avec charge de fonder est une opération qui n'est triangulaire qu'en apparence. Ainsi, si l'intermédiaire n'est pas une personne interposée, car il n'est pas fictif, il est malaisé d'en faire un contractant à titre onéreux en raison de son rôle de simple agent de retransmission.

Aussi, l'intermédiaire désigné par le testateur n'agit-il qu'en qualité de *mandataire* du *de cuius*¹, quoique ce mandat soit de nature très particulière². Pour cette raison, il paraît hasardeux de prétendre que le testateur a voulu faire profiter l'intermédiaire de l'éventuelle renonciation du bénéficiaire final³. S'il y a consenti, ce n'est que contraint et forcé, parce que les règles successorales le lui imposaient.

Si le rôle de mandataire ainsi imparti au légataire peut à la rigueur se concevoir pour le legs universel, car pour celui-ci l'aspect patrimonial importe moins, il n'est guère admissible pour le legs particulier. Ce n'est pourtant pas la position retenue par la jurisprudence qui a toujours écarté le grief tiré de la qualité d'exécuteur testamentaire de la

¹ La situation n'est pas la même que pour les fondations non personnalisées. Pour ces dernières, l'accipiens a pour mission de donner aux biens une destination pour une durée indéterminée. La durée indéfinie de l'obligation de l'accipiens, l'obligation de gérer au mieux les biens donnés ou légués, de choisir, le cas échéant, les bénéficiaires de l'affectation ainsi que l'obligation de leur transmettre les revenus permettent de caractériser l'existence de travaux véritables à la charge de l'accipiens. Il dispose par là d'un rôle économique certain et d'une réelle indépendance dans l'affectation des biens.

² En effet, en droit commun le mandat résulte d'une convention et non d'un acte unilatéral et prend fin au décès du mandant (article 2003 du Code civil).

³ Argument qui ne vaudrait d'ailleurs que pour le legs universel.

personne désignée par le testateur¹.

294. Dans la mesure où elle permet d'échapper à l'analyse artificielle de l'intermédiaire désigné par le testateur en un légataire avec charge de fonder, la consécration de la validité du legs direct à personne morale future est louable. De plus, avec le legs avec charge de fonder, les biens affectés encourraient le risque d'être saisis par les créanciers du légataire grevé de la charge de fonder. Ce danger disparaît avec la reconnaissance de la validité du legs direct à personne morale future. Il ne semble pas, en revanche, que le legs direct soit plus avantageux fiscalement que le legs avec charge de fonder². Il est vrai qu'il a été soutenu que le legs avec charge de fonder entraîne une double mutation, une mutation par décès au profit du légataire et une mutation entre vifs au profit de la fondation³. Ce raisonnement n'emporte toutefois pas la conviction, car le procédé technique du legs avec charge de fonder peut bénéficier de la théorie fiscale du legs secondaire. Selon l'Administration fiscale, le legs secondaire c'est-à-dire « le legs par lequel le testateur charge le légataire principal de remettre à un tiers, soit une partie du bien légué, soit une somme » est soumis aux droits de mutation par décès d'après le degré de parenté du légataire secondaire et est déduit de la part revenant au légataire principal⁴. Pour qu'il y ait legs secondaire, il est nécessaire que le bénéficiaire soit désigné ou que son identification soit certaine et ne fasse naître aucune contestation⁵. Comme la fondation à créer semble être bénéficiaire d'un « legs secondaire » et que ce legs absorbe l'intégralité des biens transmis au légataire grevé de la charge de fonder, il faut conclure que le légataire grevé de la charge de fonder est exonéré de tout droit d'enregistrement.

295. Si le legs direct à fondation future est préférable au legs avec charge de fonder sur le plan civil, le satisfecit accordé au législateur ne peut toutefois être complet dans la mesure où la méthode employée laisse planer des doutes tant sur le statut des biens affectés que sur l'étendue du pouvoir des personnes chargées de la constitution de la

¹ Cf. par ex., T. civ. Seine, 5 août 1897 (affaire Goncourt), S. 1905, 2, 78.

² En ce sens, H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1421, note 6.

³ V. J. Flour et H. Souleau, Droit civil, Les libéralités, op. cit., n° 385 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 601 ; J.P Marguénaud, loc. cit., n° 4087.

⁴ Doctrine administrative 7G-2121, n° 14, 15 déc. 1991, in Feuillets Fr. Lefebvre, Enregistrement, Division X, n° 2000.

⁵ Doctrine administrative 7G-2121, n° 5, 15 déc. 1991, in Feuillets Fr. Lefebvre, Enregistrement, Division X, n° 1850.

fondation.

b- Les incertitudes du mécanisme du legs direct à personne morale future.

296. Les personnes en charge de la constitution de la fondation sont, rappelons le, investies de la saisine sur les biens (meubles ou immeubles) légués à la fondation.

297. La notion de saisine s'entend de « l'investiture de la possession de l'hérédité qui, s'opérant de plein droit au jour du décès en faveur des héritiers ab intestat, (appelés, C. civ., a. 724) ou (en l'absence d'héritier réservataire) au profit du légataire universel (C. civ., a. 1006), fonde le successeur saisi à exercer d'emblée les prérogatives attachées à sa qualité (not. à appréhender matériellement tous les biens de la succession) sans avoir à accomplir la moindre formalité, à la différence du successeur irrégulier qui doit demander l'envoi en possession ou des légataires (légataire universel en présence d'héritier réservataire, autres légataires) tenus de solliciter la délivrance de leur legs »¹.

298. Elle a pour objet d'empêcher un hiatus dans la maîtrise des biens héréditaires entre le moment du décès et l'attribution du bien à son propriétaire (légataires ou héritiers) et se présente ainsi comme « le complément possessoire de la dévolution »², propre à lui conférer la plus grande efficacité. En outre, la saisine assure une fonction de protection de la famille contre d'éventuelles revendications d'usurpateurs. En ce sens, elle s'apparente à une « mesure de police »³, de défense de l'intégrité successorale.

299. La saisine des personnes chargées de constituer la fondation se distingue de la saisine légale des successeurs par son étendue : si la saisine légale peut être exercée par les successeurs saisis sur l'ensemble de la succession (en raison du caractère indivisible de la saisine), la saisine de la loi de 1990 n'a pour objet que les meubles ou immeubles légués à la fondation future.

300. On peut se demander si une distinction est, en outre, à faire sur la nature de la saisine de la loi de 1990. Si, en effet, la saisine des personnes en charge de la constitution de la fondation excluait la saisine légale des successeurs, les règles classiques d'attribution de la saisine s'en trouveraient fort bousculées. Cette prérogative ne bénéficie, en effet, que

¹ Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, op. cit., v° saisine.

² H. Vialleton, La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel, Mélanges Roubier, 1961, p. 286.

³ Ibid.

rarement aux successeurs testamentaires puisque seul le légataire universel qui n'est pas en concours avec les héritiers réservataires en est investi. Et encore est-il exigé que le légataire universel ne soit pas institué par testament olographe ou mystique auquel cas il devrait solliciter l'envoi en possession¹. Les autres légataires sont assujettis à demander la délivrance aux héritiers ab intestat ou au légataire universel. Partant, si la saisine de la loi de 1990 est de la même nature que la saisine légale des successeurs, les personnes chargées de constituer la fondation devraient être dispensées, pour obtenir la maîtrise des biens légués à la fondation, de former une demande en délivrance des biens à l'encontre des héritiers ou légataires. Or, la soustraction du titre d'investiture des personnes en charge de la constitution de la fondation à tout contrôle préalable des successeurs serait choquante ; elle serait d'autant plus à déplorer que la saisine pourrait être attribuée à des personnes totalement étrangères à la succession alors même que la succession comporte des héritiers réservataires.

301. En tout cas, lorsque la saisine est conférée à une fondation d'utilité publique désignée par le représentant de l'Etat dans la région du lieu d'ouverture de la succession, le préfet de l'Etat se voit doté du privilège exorbitant du droit commun de déterminer, de son propre chef, l'attributaire de la saisine alors que dans le domaine voisin des biens tombés en déshérence ou des successions vacantes, le service des domaines doit se faire envoyer en possession par le tribunal de grande instance (article 770 du Code civil)².

302. A l'instar de l'étendue des prérogatives conférées par cette saisine particulière, la situation des personnes saisies au regard du passif successoral n'est pas précisée par la loi. Aussi, s'est-on demandé dans quelle mesure les personnes investies de la saisine auraient à répondre du passif successoral. A ainsi été argué l'article 724 qui fait répondre du passif les successibles saisis de l'universalité de la succession³.

A notre sens, le règlement du passif successoral ne peut pas concerner les personnes investies de la mission de créer la fondation. Car la transmission des dettes étant

¹ Ainsi, lorsque la fondation future a été gratifiée par un legs universel contenu dans un testament olographe ou mystique, les attributaires de la saisine de l'article 18-2 devraient, en vertu de l'article 1008 du Code civil, demander l'envoi en possession des biens légués.

² P. Catala, La constitution des fondations et le Code civil, in *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, annexe III, op. cit., p. 167 et s. et spéc., p. 169.

³ B. de Saint Affrique, *Fondations et libéralités : problèmes actuels*, Rép. Déf. 1997, art. 36646, n° 35 ; cf. du même auteur, *Legs au profit d'une fondation à créer*, in *Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations*, annexe III, op. cit., p. 170 et s. et spéc., p. 175.

exclusivement liée aux transmissions à caractère universel, ne sont tenus au passif successoral que les successeurs universels ou à titre universel¹. Or, dans le procédé du legs direct à fondation future, seule cette dernière, et non les attributaires de la saisine, possède la qualité de successeur et il importe peu que cette qualité soit conditionnelle, car subordonnée à son existence juridique.

303. Dans une autre perspective, il serait possible de considérer les attributaires de la saisine de la loi comme des mandataires du *de cujus* ayant pour mission de gérer et de liquider la succession en acquittant le passif² mais cette opinion est condamnée par les termes mêmes de la loi qui ne confère aux personnes désignées des pouvoirs d'administration et de disposition *que* sur les biens légués à la fondation future et non sur l'ensemble des biens successoraux.

304. Finalement, il est plus probable que la saisine de l'article 18-2 ait une nature différente de celle de la saisine légale³ et qu'elle ait simplement pour objectif de faciliter l'administration des biens légués à la fondation en en confiant la maîtrise à la personne en charge de la création de la personne morale. Ce simple pouvoir de détention⁴ des biens successoraux place les personnes chargées de constituer la fondation dans une situation analogue à celle de l'exécuteur testamentaire saisi, sans toutefois se confondre avec elle, car la saisine de la loi de 1990 porte tant sur les meubles que sur les immeubles (à la différence de la saisine de l'exécuteur testamentaire qui n'a que les meubles pour objet) et

¹ Ainsi, si la fondation future est gratifiée par legs particulier, elle n'est pas concernée par le règlement du passif successoral sauf, évidemment, application de la règle « *nemo liberalis nisi liberatus* » selon laquelle les légataires particuliers sont en principe primés par les créanciers du défunt (article 1024 du Code civil).

² De tels pouvoirs peuvent, selon la jurisprudence, être attribués par le testateur à l'exécuteur testamentaire, notamment en l'absence d'héritiers réservataires. Ainsi, au pouvoir (qui est également un devoir) d'acquitter les legs mobiliers, le testateur peut ajouter celui de vendre les immeubles de la succession (Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, Bull. civ. I, n° 274) et de payer les dettes successorales (Civ. 23 janv. 1940, D.C. 1941, J., 104, note A. Trasbot). Mais, la possibilité de vente des biens successoraux n'est pas admise lorsqu'il existe des héritiers réservataires, car elle met en danger l'intangibilité de la réserve et le droit des héritiers de la recevoir en nature. Il faut, toutefois, remarquer que la jurisprudence a validé une clause testamentaire imposant la vente des meubles successoraux dont la valeur est manifestement inférieure à la quotité disponible (Aix, 17 déc. 1945, J.C.P 1946, II, 3035, note J. Becqué).

³ En ce sens, H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1422-2 pour lesquels il est difficile de « reconnaître celle (la saisine) de l'article 724 du Code civil ».

⁴ Mais dans ce cas, on est en droit de se demander à qui les légataires à titre universel devront demander la délivrance de leur legs lorsque la fondation à créer est gratifiée d'un legs universel et qu'il n'existe pas d'héritiers réservataires. La délivrance étant plus que la remise matérielle des biens mais la reconnaissance juridique du droit du légataire, seul l'héritier ou le légataire universel pourrait la consentir. Or, si la fondation à créer est la seule légataire universelle, la demande en délivrance devrait être différée jusqu'à la décision d'attribution ou non de la reconnaissance d'utilité publique puisque c'est à ce moment là que le propriétaire des biens héréditaires (fondation ou successeurs ab intestat) est connu.

n'est pas limitée par une date précise (un an pour l'exécution testamentaire) mais par l'apparition de la fondation-légataire.

305. La saisine de l'exécuteur testamentaire diffère de celle des héritiers en ce qu'elle n'est pas liée à la vocation héréditaire¹. Il est d'ailleurs coutumier de juger impropre le terme saisine employé par l'article 1026 du Code civil². Ainsi, la saisine de l'exécuteur testamentaire laisse-t-elle subsister la saisine des héritiers. Les successeurs conservent la propriété et la possession de droit des meubles, seuls leurs pouvoirs d'administration sont restreints par l'exécution testamentaire³ et un éventuel conflit serait résolu en suivant l'idée que l'héritier saisi conserve toutes ses prérogatives à l'exception de celles qui « sont nécessaires à un administrateur séquestre pour l'accomplissement de sa mission »⁴.

306. Dès lors, si la « saisine » de la loi de 1990 partage la même nature que celle de l'exécuteur testamentaire, elle devient compatible avec la saisine légale des successeurs. Toutes les difficultés ne sont pas évacuées pour autant. Ainsi, si la reconnaissance d'utilité publique n'a pu être obtenue pour des raisons diverses, faut-il reconnaître aux héritiers le droit de recourir contre les personnes investies de la saisine en cas de mauvaise administration ou de mauvaise gestion des biens ?

307. Pas plus que l'étendue des pouvoirs des personnes saisies, l'incidence de leur éventuelle inaction n'a été précisée. Cette difficulté avait été perçue par les parlementaires⁵ qui n'y ont pourtant apporté aucune solution. Le contentieux pourrait naître du refus des personnes désignées par le testateur⁶, s'ils sont héritiers, de déposer la demande de reconnaissance d'utilité publique dans l'année de l'ouverture de la succession ; ce, dans le but de recueillir les biens dévolus à la fondation. En outre, lorsque le testateur a désigné,

¹ Pour certains auteurs, la coexistence des deux saisines démontre que la saisine de l'exécuteur testamentaire n'est pas une saisine véritable (H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1185).

² Cf. par ex, F. Boulanger, Jurisclasseur civil, article 724, 1987, n° 8.

³ Ibid, n° 62.

⁴ H.L.J Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 1185 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 677.

⁵ H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 40.

⁶ Si la personne en charge de la constitution de la fondation est une fondation reconnue d'utilité publique, le risque qu'elle n'exécute pas son obligation de constitution de la fondation est moindre. Pour M. Sériaux (loc. cit., n° 19), le représentant de l'Etat engagerait sa responsabilité en cas d'inexécution de cette obligation.

lui-même, les personnes chargées de constituer la fondation, une collusion frauduleuse entre la personne désignée et les héritiers du *de cuius* est à craindre.

Par ailleurs, avec le legs avec charge, les héritiers du testateur, à supposer qu'ils le veuillent, ont l'opportunité de demander l'exécution forcée de la charge de fonder. Aucune sanction spécifique n'a été, par contre, prévue à l'encontre de l'inertie frauduleuse des personnes désignées.

308. A ces lacunes s'ajoute le fait que prévoir un régime spécifique de gestion pour une masse de biens conforte l'idée qu'elle constitue un patrimoine autonome. Ainsi, il est apparu à certains que la coexistence de deux saisines dans notre Droit a pour effet de « conférer au legs consenti à une fondation à créer une sorte de privilège exorbitant : fonder les biens légués en un patrimoine autonome échappant aux règles applicables aux successions »¹. Sans aller jusque là, il semble que les opérations de liquidation successorale devront être suspendues jusqu'à la décision gouvernementale d'attribution ou de refus de reconnaissance d'utilité publique. Or, comme nous allons le voir, la procédure de reconnaissance d'utilité publique n'est enfermée dans aucun délai².

SOUS-SECTION II- LA RECONNAISSANCE D'UTILITE PUBLIQUE.

309. La fondation d'utilité publique ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'Etat lui accordant la reconnaissance d'utilité publique (article 18, al. 2, loi du 23 juillet 1987). La reconnaissance d'utilité publique est un élément de la tutelle - ou une forme d'habilitation préalable au contrôle de tutelle - à laquelle les fondations reconnues d'utilité publique sont assujetties³. Le terme de tutelle désigne habituellement le pouvoir de contrôle des autorités étatiques sur les personnes administratives décentralisées⁴. Toutefois, la tutelle est applicable aux organes décentralisés comme aux personnes qui ne le sont pas et en particulier aux personnes privées intervenant dans l'action administrative⁵. La tutelle est un mode de contrôle

¹ G. Daublon, Remarques sur les fondations, Rép. Déf. 1996, art. 36297.

² Cf. infra, n° 311 et s.

³ Comp. S. Regourd, thèse préc., n° 287, qui dénonce la confusion entre l'agrément qui est une forme d'habilitation préalable au contrôle et le contrôle lui-même.

⁴ L. Richer, La notion de tutelle sur les personnes en Droit administratif, R.D.P. 1979, p. 971 et s. et spéc., p. 972.

⁵ En ce sens, A. Demichel, Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de

administratif qui, tout en respectant l'autonomie de l'organisme qui y est soumis, permet de s'assurer que l'intérêt général est préservé¹. Le contrôle de tutelle respecte l'autonomie des organismes privés dans la mesure où il ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi (en vertu du principe « pas de tutelle sans texte »)² et où son contenu ne porte pas gravement atteinte à l'autonomie des personnes privées. Ainsi, la tutelle administrative se manifeste essentiellement par une « faculté d'empêcher » c'est-à-dire par le pouvoir d'empêcher les mesures prises par l'organisme, en subordonnant leur effet exécutoire à l'approbation préalable de l'autorité de tutelle. Elle peut également apparaître sous la forme d'une faculté de statuer qui autorise l'autorité de tutelle à se substituer à l'organisme sous tutelle en cas d'inaction de ce dernier ou qui, de manière plus insidieuse³, impose aux actes de la personne sous tutelle d'être conformes à un modèle préétabli c'est-à-dire à un acte-type⁴.

310. Nous aurons l'occasion de constater que la tutelle administrative des fondations reconnues d'utilité publique est plus souple que la tutelle administrative « de droit commun » par certains endroits en ce qu'elle ne comporte pas pour l'autorité de tutelle l'exercice de la faculté d'empêcher et en ce que la faculté de statuer se réduit à la substitution indirecte par acte-type. Par d'autres aspects en revanche, la tutelle des fondations apparaît plus rigoureuse dans la mesure où elle comporte au bénéfice de l'autorité de tutelle un pouvoir d'autorisation préalable de certains actes de la fondation. Le fait que les mesures de tutelle pesant sur les fondations reconnues d'utilité publique se

droit public », tome 29, 2 vol., 1960, préface J.M. Auby, tome 1, p. 400 ; J.P. Négrin, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 102, 1971, préface C. Debbasch, p. 174 et s. et 223 et s. En outre, quelques textes intéressants les fondations font référence à la notion de tutelle : cf. par ex., la loi du 4 février 1901 « sur la tutelle administrative en matière de dons et legs » et le décret du 13 juillet 1966 modifié en dernier lieu par le décret du 20 décembre 1994 « relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations ».

¹ En ce sens, A. Demichel, thèse préc., tome 2, p. 415.

² Cette maxime signifie d'une part que l'autorité de tutelle n'a de pouvoirs que dans les hypothèses limitativement prévues par la loi et d'autre part que l'exercice de ses pouvoirs est limité par les formes et conditions expressément prévues par les textes (S. Regourd, thèse préc., n° 104).

³ C'est un procédé de tutelle qui fut qualifié de « forme de tutelle plus insidieuse » (J.P. Négrin, thèse préc., p. 180). Sur la contestation de l'appartenance des actes-types aux procédés de tutelle, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 204 et s.

⁴ La classification des procédés de tutelle opposant les prérogatives relevant de la faculté d'empêcher et celles relevant de la faculté de statuer proposée par Négrin (thèse préc., p. 175 et s.) a été critiquée par M. Regourd (thèse préc., n° 280). Selon cet auteur, outre le fait que les actes-types ne constituent pas des procédés de tutelle, la substitution « n'est elle-même qu'une faculté d'empêcher l'autorité contrôlée de s'abstenir ou de ne pas exercer une compétence conformément aux obligations légales ».

démarquent des moyens de tutelle classiques ne doit pas, pour autant, conduire à conclure que la forme de contrôle exercée sur les fondations n'est pas un contrôle de tutelle, car fondamentalement, les relations de la fondation reconnue d'utilité publique avec la puissance publique réunissent les caractéristiques de la tutelle à savoir l'autonomie organique de la fondation et le respect de l'initiative de la fondation¹. La variabilité des procédés de tutelle selon l'établissement considéré permet simplement de constater l'hétérogénéité des mesures de tutelle, celle-ci se justifiant par « la nécessité de trouver, dans chaque cas d'espèce, les moyens de réaliser le but poursuivi par l'organisme de tutelle »².

La tutelle sur les fondations reconnues d'utilité publique se manifeste au stade de la création de la fondation dans la procédure (paragraphe I) et dans les conditions de la reconnaissance d'utilité publique (paragraphe II).

Paragraphe I- Procédure de la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre.

311. La loi du 23 juillet 1987, en subordonnant la capacité juridique de la fondation à un décret en Conseil d'Etat n'a fait que confirmer une pratique très ancienne³. Le principe d'une autorisation préalable, privilège royal, était déjà en vigueur sous l'Ancien Régime ; l'édit de D'Aguessau, qui exigeait que l'autorisation soit donnée par « lettres patentes enregistrées en nos parlements ou conseils supérieurs » n'a fait qu'exprimer par écrit cette règle coutumière.

312. La Révolution de 1789 poursuit ce mouvement d'opposition aux fondations et notamment aux fondations religieuses. Si le Code civil ignore les fondations, son silence ne peut être interprété comme la volonté de les condamner⁴. Bien au contraire, les articles 910 et 937 du Code civil « en soumettant à tutelle administrative l'acceptation, par des établissements d'utilité publique, des libéralités qui peuvent leur être faites, reconnaissent, par la même, implicitement l'existence de tels établissements »⁵. Et de fait, dès 1805, à

¹ Pour le développement de cette analyse, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 301 et s.

² E. Rossini, thèse préc., p. 210 et 211.

³ Sur l'historique des fondations, cf. également, supra, n° 2 et s.

⁴ En ce sens, E. Coquet, thèse préc., p. 38.

⁵ M. Pomey cité par F. Roques, La fondation d'utilité publique au croisement du public et du privé, R.D.P.

l'occasion d'un avis du 3 nivôse an XIV (24 décembre 1805) approuvé par l'empereur le 17 janvier 1806¹, le Conseil d'Etat détermina le régime juridique applicable aux fondations. C'est, en effet, sur la base de cet avis et de l'article 910 du Code civil qui impose « aux établissements d'utilité publique » l'obtention d'une autorisation administrative pour pouvoir accepter les dons et legs dont ils sont gratifiés, qu'a été édifié le système de la reconnaissance d'utilité publique. Le processus historique qui a suivi a été marqué, d'une part, par la distinction entre organismes privés et organismes publics aboutissant à la discrimination entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique, et, d'autre part, par un mouvement de libéralisation qui a conduit à la reconnaissance de la liberté d'association. Ce processus n'a cependant pas affecté les fondations lesquelles demeurent soumises à l'autorisation gouvernementale préalable à leur création et plus généralement, à la « jurisprudence » du Conseil d'Etat.

313. Bien que les avis du Conseil d'Etat ne s'imposent pas au gouvernement, il apparaît tout de même qu'ils constituent, en fait, une source fondamentale du droit des fondations.

Il s'avère, en effet, que la procédure de reconnaissance d'utilité publique n'est réglementée par aucun texte². Elle est issue de l'action combinée de l'Administration et du Conseil d'Etat. D'après celle-ci, la demande de reconnaissance d'utilité publique accompagnée des pièces justificatives³ doit être adressée par le fondateur ou ses

1990, p. 1755 et s. et spéc., p. 1758.

¹ Avis publié par M. Pomey, in traité des fondations d'utilité publique, op. cit., p. 405. Il faut remarquer que cet avis, qui ne fut pas publié au Bulletin des lois mais seulement au Bulletin du Ministère de l'Intérieur, ne possédait pas de force obligatoire, d'après la constitution de l'an VIII. Aussi, n'était-il, selon certains, que « le rappel d'un principe incontesté » en vertu duquel le législateur ou à défaut le gouvernement étaient seuls habilités à investir un établissement de la personnalité morale (en ce sens, H. Puget, La reconnaissance comme établissement d'utilité publique, Musée social, 1926, p. 3 et s. et spéc., 10 et 11). De plus, il est piquant de relever que cet avis ne concernait pas une fondation c'est-à-dire une affectation de biens mais un groupement de personnes puisqu'il visait les établissements de charité et de bienfaisance dirigés par des sociétés libres.

Plus récemment, le Conseil d'Etat (avis n° 232632 du 25 août 1943 cité par M. Pomey, op. cit., p. 409) a rappelé le principe en ces termes « ...en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire instituant des règles spéciales pour l'attribution de la personnalité civile à des fondations (à créer par voie de legs avec charge), cette attribution ne peut résulter que d'une loi ou, à défaut d'une loi, d'un décret pris en Conseil d'Etat, sur le rapport du ministre de l'Intérieur, et reconnaissant ladite fondation comme établissement d'utilité publique...(avec), rétroactivement, la capacité requise pour recueillir le legs ».

² Notons que lors des Assises nationales de la vie associative tenues en février 1999, le gouvernement a fait part de son souhait de réformer le régime juridique des *associations* reconnues d'utilité publique notamment en accélérant la procédure de reconnaissance d'utilité publique et en faisant participer à celle-ci les associations. Il est prévisible que si ces mesures venaient à être prises, elles seraient étendues aux fondations.

³ Il doit être joint à la demande de reconnaissance d'utilité publique :

- dix exemplaires des statuts de la fondation sur papier libre, dont trois exemplaires paraphés à chaque page

représentants (s'il s'agit de fondations post-mortem) au préfet du département où la fondation aura son siège¹, ou au bureau des groupements et associations du Ministère de l'Intérieur. Si la demande a été adressée au commissaire de la République, celui-ci instruit la demande (en s'assurant notamment que le dossier comporte toutes les pièces requises) avant de la transmettre au ministre de l'intérieur². Ce dernier décide souverainement de donner suite ou non à la demande³. S'il refuse de donner suite à la demande, la procédure prend fin sans que ce refus puisse faire l'objet d'un recours⁴ et sans que le projet ait été transmis au Conseil d'Etat. La décision de rejet est alors notifiée au demandeur par une lettre du ministère de l'Intérieur.

Selon la récente étude du Conseil d'Etat⁵, parmi les projets présentés au ministre de l'Intérieur depuis 1970, un projet de fondation sur deux a ainsi été rejeté sans avoir été communiqué au Conseil d'Etat.

314. Le pouvoir reconnu au ministre de l'intérieur de ne pas transmettre le projet au Conseil d'Etat ne manque pas d'étonner quand on sait qu'il ne s'appuie sur aucun texte⁶. Un publiciste relève ainsi que cette « immunité juridictionnelle » ne peut pas s'expliquer par le caractère d'acte préparatoire de la décision du Ministre de l'Intérieur dans la mesure où un refus de transmission est qualifié par une jurisprudence constante du Conseil d'Etat de décision exécutoire parce qu'il arrête la procédure⁷. Il ne saurait pas davantage s'agir d'un pouvoir discrétionnaire, car même dans ce cas, le contrôle du juge est encore possible⁸. Peut-être faut-il simplement justifier ce pouvoir par le « caractère exceptionnel », le

et signés sous le dernier article par le ou les fondateurs.

- deux exemplaires certifiés sincères et véritables par le ou les signataires de la demande de l'exposé indiquant le but de l'œuvre et les services qu'elle peut rendre, de l'acte authentique constituant la dotation initiale et d'un projet de budget de préférence pour les trois premiers exercices.

¹ A Paris, la demande sera adressée au Préfet de police.

² Si la demande est directement adressée au Ministre de l'Intérieur, celui-ci, s'il décide de faire procéder à l'instruction de la demande, consulte le Préfet du département.

³ Si le Ministère de l'intérieur décide de ne pas poursuivre l'instruction de la demande, il fait connaître sa décision aux intéressés en motivant sa décision (J. Oudin, op. cit., p. 140).

⁴ Conseil d'Etat, 10 mars 1905, Dame Mc Donnell, Lebon, p. 243.

⁵ Rendre plus attractif le droit des fondations, op. cit., p. 41.

⁶ En ce sens, P. Langeron, La tutelle administrative sur les fondations, *Revue fr. de droit adm.* 1988, p. 994 et s. et spéc., p. 1006. Cf. également, E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 212.

⁷ P. Langeron, loc. cit., p. 1006.

⁸ Ibid, p. 1006.

« privilège régalien »¹ de la reconnaissance d'utilité publique.

315. Si le ministre de l'intérieur décide de donner suite à la demande², il consulte ses collègues compétents dans le champ d'action desquels entre l'objet de la fondation puis saisit le Conseil d'Etat (section de l'intérieur ou assemblée générale du Conseil d'Etat) sous forme d'un projet de décret appratif. La section du Conseil d'Etat consultée pour avis, confie le dossier à un rapporteur. Ce dernier vérifie, dans un premier temps, que le dossier est complet³ et, si besoin est, prend contact avec le fondateur ou ses représentants afin de parfaire le projet du fondateur. Le rapporteur ne peut, en effet, modifier de sa propre initiative le projet du fondateur.

316. Après audition du rapporteur, la section du Conseil d'Etat délibère. Bien que n'étant pas lié par les avis émis par les autorités consultées dans les étapes précédentes de la procédure, le Conseil d'Etat refuse de reconnaître une œuvre qui n'a pas recueilli un avis favorable du ministre dont elle relève du fait de son objet⁴.

S'il est défavorable à la reconnaissance d'utilité publique, il émet une note de rejet destinée au gouvernement qui a l'entière liberté de la faire ou non connaître (par une communication individuelle ou publication) au candidat-fondateur⁵.

Ensuite, et quelle que soit la teneur de l'avis du Conseil d'Etat, le projet de fondation accompagné de l'avis du Conseil d'Etat revient au ministère de l'Intérieur puis au premier ministre qui décide ou non d'accorder la reconnaissance d'utilité publique à l'œuvre. Si, pour ce faire, il n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'Etat (car celui-ci est un avis obligatoire mais pas nécessairement conforme), *en fait* l'avis du Conseil d'Etat est habituellement suivi par le gouvernement.

317. L'instruction du projet de fondation peut aboutir à la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre. Celle-ci prend la forme d'un décret en Conseil d'Etat pris sur le

¹ L'expression est de Pierre Langeron (loc. cit., p. 1006) qui estime que cette explication n'est pas pleinement convaincante au plan juridique.

² D'ailleurs, il se pourrait fort bien que le ministre, quoique n'étant pas favorable à la reconnaissance d'utilité publique, décide tout de même de transmettre le projet au Conseil d'Etat et de s'en remettre à son avis.

³ Cf. par exemple, l'avis du 5 avr. 1977 (n° 319060) in M. Pomey, traité préc., p. 417, qui précise qu'une fondation ne peut être reconnue d'utilité publique qu'au vu d'un dossier complet (accord exprès, notamment des membres de droit officiels prévus aux statuts, budget complet et précis, voire plan financier).

⁴ Avis n° 321751 du 24 janv. 1978 in M. Pomey, op. cit., p. 419.

⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations, op. cit., p. 42.

rapport du ministre de l'intérieur, signé par le premier ministre, obligatoirement contresigné par le ministre de l'Intérieur et de manière facultative par les ministres intéressés. Ce décret, en même temps qu'il reconnaît l'utilité publique de la fondation, approuve ses statuts annexés dans son article 1 et autorise, dans son article 2, la fondation à accepter la libéralité constitutive de la dotation aux clauses, charges et conditions de l'acte constitutif¹. Il est régulièrement publié au Journal officiel².

318. La décision d'octroi comme la décision de refus de la reconnaissance d'utilité publique (seulement lorsqu'elle émane du Premier ministre) sont des actes administratifs individuels³. De ce fait, le décret en Conseil d'Etat de reconnaissance d'utilité publique ou la décision gouvernementale de refus (qui peut n'être qu'implicite)⁴ sont susceptibles de

¹ Sur l'autorisation administrative d'accepter, cf. supra, n° 151 et s.

² Seul le texte de la reconnaissance, à l'exception des statuts approuvés est publié. Mais il n'en a pas toujours été ainsi : dans un premier temps, les statuts et la reconnaissance ont été régulièrement reproduits. Cette pratique a ensuite été abandonnée après une période d'hésitation située entre le 15 mai 1968 et le 3 février 1972 (P. Langeron, loc. cit., p. 1007).

Le décret est également transmis au préfet du département où est situé le siège de la fondation qui le notifie au ou aux fondateurs (en ce sens, J. Oudin, op. cit., p. 140).

³ L'acte d'autorisation administrative (dont fait partie la reconnaissance d'utilité publique) ne peut être qualifié de contrat du seul fait que l'individu désireux d'obtenir une autorisation doit faire la démarche auprès de l'Administration et que l'obtention de l'autorisation administrative suppose la réunion de certaines conditions. Ainsi qu'on l'a démontré (P. Livet, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, thèse Paris II, 1972, p. 131 et s.), le fait que l'autorisation soit subordonnée à une demande expresse n'implique pas l'existence d'un contrat, car elle n'est qu'une condition légale à l'exercice de la volonté unilatérale de l'Administration. Par ailleurs, en délivrant une autorisation, l'Administration ne prend aucun engagement.

L'acte d'autorisation administrative n'entre pas davantage dans la catégorie des actes unilatéraux mixtes. L'acte unilatéral mixte peut en effet être défini comme un « contrat (de droit privé ou de droit public) produisant des effets réglementaires » (Y. Madiot, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 103, 1971, préface J. Lamarque, p. 29). Or, il n'est pas possible de caractériser dans l'acte de reconnaissance d'utilité publique l'existence d'un contrat faute de rencontre de volontés. L'acte de reconnaissance d'utilité publique ne produit pas davantage d'effets réglementaires en ce sens qu'il ne crée aucune situation juridique s'imposant aux tiers sans leur consentement.

On a enfin tenté d'analyser l'acte de reconnaissance d'utilité publique en un acte-condition dans le sens que lui a donné Duguit c'est-à-dire comme un acte déclenchant l'application à un sujet d'un statut juridique préétabli. De ce fait, la personnalité juridique constituerait une situation juridique et l'intervention de la volonté ne servirait qu'à déclencher l'application de ce statut : v. F. Linditch, thèse préc., p. 69 et s. Toutefois, il ne semble pas que cette théorie se traduise par des implications juridiques particulières.

⁴ La décision de rejet (à quel qu'étape qu'elle intervienne, qu'elle soit expresse ou implicite) n'a pas à être motivée, car ne constituant, ni un refus d'autorisation, ni le refus d'un avantage représentant un droit pour les personnes remplissant les conditions légales, elle n'entre pas dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public. De plus, le candidat-fondateur ne saurait se fonder sur l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 pour obtenir la communication des motifs de la décision de refus, car la circulaire d'application du 31 août 1979 (J.O Lois et décrets, 4 sept. 1979, p. 2146) l'exclut spécialement.

faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives¹. L'acte de reconnaissance pourrait être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir. A l'appui de ce recours, il va sans dire que ne pourrait être invoquée la nullité de la libéralité constitutive de la dotation initiale puisque cette question relève de la compétence des juridictions judiciaires. Si ces dernières devaient prononcer la nullité de la libéralité, la fondation-personne morale ne disparaîtrait pas pour autant : le décret de reconnaissance d'utilité publique ne se limite pas à autoriser l'acceptation de la libéralité constitutive de la dotation ; il crée une personne morale nouvelle, qui ne peut cesser d'exister que par le retrait par l'autorité administrative de la reconnaissance d'utilité publique.

319. En fait, s'agissant d'un acte discrétionnaire, l'annulation du décret de reconnaissance d'utilité publique ne peut être obtenue « que pour vice de procédure (par ex. : non consultation du Conseil d'Etat, ou modification d'office, sans l'accord du fondateur, de l'acte constitutif, par ex. des statuts ou de la dotation), pour détournement de pouvoir et, au cas où le gouvernement aurait explicité ses motifs, pour inexactitude matérielle de ceux-ci »².

Il y a là de quoi étonner dans la mesure où en principe, le juge contrôle la définition par l'Administration des exigences de l'intérêt général. Son intervention consiste traditionnellement à vérifier que l'Administration n'a pas pris sa décision en se fondant sur des motifs autres que des motifs d'intérêt général et qu'elle a correctement apprécié les exigences de l'intérêt général. Le défaut de contrôle par le juge de l'appréciation administrative de l'utilité publique d'une fondation apparaît donc comme une exception à ce principe³.

320. Si le recours en annulation de l'acte de reconnaissance d'utilité publique aboutit, elle entraîne la disparition rétroactive de l'établissement d'utilité publique. Il y aurait là une grave atteinte à la sécurité juridique des tiers ayant contracté avec l'établissement avant sa

¹ V. Conseil d'Etat, 1^{er} juill. 1938, S. 1939, 3, 25. Il est inutile de préciser que le recours hiérarchique est exclu étant donné qu'il n'existe pas par hypothèse d'autorité supérieure.

² M. Pomey, L'acte de fondation en Droit français, loc. cit., p. 38. Ainsi à propos des associations, un arrêt du 15 juillet 1959 (Conseil d'Etat, Fédération française de tir, G.P. 1959, 2, 276) a pu déclarer que « l'opportunité des décisions gouvernementales qui accordent, refusent, ou retirent aux associations la reconnaissance d'utilité publique n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

³ En ce sens, D. Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 125, 1977, préface J. Boulouis, p. 324. Cet auteur explique cette anomalie par le fait que la question de l'utilité publique a été déjà examinée par les sections

disparition si le délai de recours pour excès de pouvoir n'était pas limité à deux mois à compter de l'entrée en vigueur de l'acte de reconnaissance d'utilité publique. A quoi il faut ajouter que le faible nombre de causes d'annulation de la reconnaissance d'utilité publique rend improbable l'annulation du décret de reconnaissance d'utilité publique¹.

321. C'est qu'en effet, la décision de reconnaissance d'utilité publique demeure largement une décision discrétionnaire. Décision discrétionnaire n'est pas, pour autant, synonyme de décision arbitraire. La connaissance de la pratique administrative² permet d'énoncer les conditions auxquelles la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre est assujettie.

Paragraphe II- Les conditions de la reconnaissance d'utilité publique.

322. Pour accorder la reconnaissance d'utilité publique, l'autorité administrative se livre à un contrôle de l'utilité publique du projet (A), du respect des statuts-types (B) et de l'importance des ressources (C)³. Si, pendant longtemps, il a été affirmé que l'œuvre devait, en outre, avoir fonctionné en fait avant que de solliciter la reconnaissance d'utilité publique⁴, cette assertion est contredite par la pratique administrative⁵.

A- L'utilité publique⁶ du projet.

323. L'affectation des biens doit servir une œuvre d'intérêt général à but non lucratif.

administratives du Conseil d'Etat.

¹ Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 93, qui propose de transposer aux fondations le dispositif de la loi du 24 juillet 1966 portant sur le régime de nullité des constitutions de sociétés.

² Celle-ci nous est connue grâce au traité des fondations d'utilité publique de Michel Pomey qui contient des extraits des avis du Conseil d'Etat (qui ne sont pas accessibles au public).

³ Il s'agit ici évidemment d'énoncer les conditions communes à toutes les fondations. Il se pourrait, en plus, que l'Administration, pour un projet donné, subordonne la reconnaissance d'utilité publique à des conditions particulières. Ainsi, dans un avis du 4 août 1942 (M. Pomey, traité préc., p. 409), la section de l'intérieur du Conseil d'Etat a pu décider que l'octroi de la reconnaissance pouvait être subordonné à l'insertion dans les statuts de clauses de contrôle public en rapport avec le rôle dévolu à la fondation et à l'importance du financement public.

⁴ M. Planiol et G. Ripert, tome 5, op. cit., n° 916 ; H. Pailhé, thèse préc., n° 139.

⁵ D'ailleurs, parmi les pièces à produire à l'appui de la reconnaissance d'utilité publique, il est fait état d'un *projet* de budget de préférence pour les trois premiers exercices.

⁶ Avec la doctrine majoritaire, nous considérons les notions d'utilité publique, d'intérêt général et d'intérêt public sont synonymes. En ce sens, cf. notamment, D. Truchet, thèse préc., p. 276 ; G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, vol. 1, 12^{ème} éd., Thémis, 1992, p. 516.

« L'utilité publique pour une fondation comme pour une association peut se définir comme l'activité telle que si l'établissement ne la poursuivait pas, la personne publique, serait peu ou prou amenée à la prendre en charge »¹. L'appréciation de l'utilité publique du projet de fondation suppose que l'objet de la fondation soit défini de manière suffisamment précise². C'est là une application classique du principe de spécialité. Il en résulte notamment qu'une fondation telle que la fondation américaine Rockefeller qui s'est donnée pour objet statutaire d'assurer « le bien-être de l'humanité dans le monde entier » ne pourrait voir le jour en France.

324. En fait, le concept d'intérêt général à but non lucratif justifiant la reconnaissance d'utilité publique ne présente, a priori, aucune particularité par rapport à celui que doit revêtir toute fondation, quelle que soit sa forme juridique. Nous nous contenterons de rappeler³ que l'intérêt général exclut la poursuite d'un intérêt particulier, privé et que l'objet de la fondation ne peut être économique. Le caractère non lucratif s'oppose, pour sa part, à ce que la fondation projetée serve les intérêts (professionnels ou autres) des fondateurs ou des membres de sa famille.

Pour « mériter » la personnalisation, l'œuvre projetée doit, en outre, présenter une certaine envergure. Le Conseil d'Etat a pu ainsi décider que la dotation initiale devait être suffisamment importante pour permettre à la fondation projetée d'avoir une *importance* et un *rayonnement* justifiant sa reconnaissance d'utilité publique⁴ de telle sorte que le montant de cinq millions de la dotation initiale peut ne pas être jugé suffisant par le Conseil d'Etat.

B- Des ressources garanties à perpétuité.

325. Les ressources accordées à la fondation projetée doivent lui apporter la garantie qu'elle fonctionnera pendant toute sa durée. L'apport d'un capital initial dont seuls les revenus seront consommés remplit cette fonction. Ces ressources doivent, par ailleurs,

¹ J.N Chavanne, L'approche du ministère de l'intérieur, in Les fondations un mécénat pour notre temps ?, op. cit., p. 35.

² Cf. Conseil d'Etat, section de l'intérieur, avis du 24 mai 1977, n°319689, cité par M. Pomey, traité préc., p. 418 et avis du 14 juin 1983, reproduit in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 21.

³ Cf. supra, n° 11.

⁴ Conseil d'Etat, section de l'Intérieur avis de juin 1970, n°304412 cité par M. Pomey, traité préc., p. 412.

assurer l'indépendance financière de la fondation par rapport à ses fondateurs. L'autonomie financière de la fondation est plus incertaine lorsque la fondation est financée par des versements annuels des fondateurs. Plus gravement, elle peut être menacée par les charges dont la dotation est grevée (usufruit, servitudes, travaux à effectuer).

C- L'adoption de statuts conformes aux statuts-types.

326. L'adoption par le fondateur de statuts conformes aux statuts-types constitue une condition traditionnelle d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique. L'importance des statuts pour l'autorité administrative est d'ailleurs parfaitement mise en lumière par le propos d'un membre du bureau des groupements et associations du ministère de l'Intérieur. Pour ce dernier, les statuts sont pour les fondations leur « charte à la fois garantie de pérennité et de démocratie interne et barrière contre l'aventurisme financier ou la déviation de (leur) objet »¹.

327. Les statuts-types sont élaborés par le Conseil d'Etat². En l'absence de loi définissant les conditions d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique, les statuts-types constituent un élément d'uniformisation de la structure et du fonctionnement des fondations reconnues d'utilité publique³. Le modèle de statuts actuel, qui a été élaboré en 1966, « abroge » les précédents statuts élaborés en 1896. Les statuts de 1966, qui ont pris en compte les modifications législatives intervenues depuis 1896 sur le placement du fonds de dotation ou sur l'acceptation des actes d'amputation patrimoniale les plus graves, ont, par ailleurs, opéré des simplifications ou clarifications.

328. Les statuts-types ne revêtent aucun caractère réglementaire ni judiciaire puisqu'ils n'émanent d'une autorité qui, dans ce rôle, n'est ni administrative⁴ ni juridictionnelle.

¹ Propos tenus par M. Chavanne et relatés in *Les fondations, un mécénat pour notre temps*, op. cit., p. 41.

² M. Langeron remarque qu'il y a là une pratique inhabituelle, car ceux-ci émanent habituellement de l'Administration ou quelquefois des intéressés eux-mêmes. Or, il est rare que le juge qui élabore une norme puisse en sanctionner le non respect (P. Langeron, loc. cit., p. 1003).

³ En ce sens, P. Rongère, *Le procédé de l'acte-type*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 84, 1968, préface J. Rivero, p. 158. Dans le même sens, Louis Canet (loc. cit., p. 436) a pu écrire « c'est donc pratiquement la section de l'Intérieur qui, par son acquiescement, avec ou sans réserves, décide de la reconnaissance suivant un ensemble de règles non écrites qu'elle a petit à petit constituées ».

⁴ Pour M^{me} Rongère (thèse préc., p. 229) cependant, le fait que les statuts soient rédigés par le Conseil d'Etat n'enlève rien au caractère administratif et unilatéral de la rédaction des statuts-types, car, « l'administration a en quelque sorte laissé jouer au Conseil d'Etat le rôle qu'elle-même aurait pu jouer dans la rédaction de ces statuts ».

Partant, ils devraient ne s'imposer, ni à l'autorité gouvernementale, ni aux fondateurs mais seulement avoir la valeur incitative d'une proposition à titre de modèle¹. Il apparaît cependant que les statuts-types ont une force obligatoire purement coutumière fondée sur une pratique administrative constante qui ne tombe pas sous l'empire du contrôle minimum exercé par le juge². « La valeur des statuts-types ne résulte en effet que de l'habitude prise par le gouvernement de suivre un avis qui est seulement consultatif, qui n'a pas besoin d'être conforme »³. Or, le gouvernement ne rend pratiquement pas de décret qui ne soit pas conforme à l'avis du Conseil d'Etat. Dans la mesure où le pouvoir exécutif a attaché une force quasi-obligatoire aux avis du Conseil d'Etat, ce dernier est devenu « l'auteur d'une véritable réglementation »⁴.

329. Toutefois, le procédé des statuts-types n'est pas aussi exigeant qu'il y paraît dans la mesure où le Conseil d'Etat admet qu'il puisse être fait des dérogations justifiées⁵. Il n'empêche que certaines dispositions essentielles comme la mention de l'objet de la fondation, de la dotation et de sa composition, de l'organisation de la fondation conformément au modèle proposé (composition tripartite du conseil d'administration), de la surveillance de la fondation par l'autorité administrative (article 16 et 17 des statuts-types) ou de l'approbation préalable de certains actes par l'autorité administrative (article 9 et 15 des statuts-types) doivent être impérativement respectées.

330. Ainsi, le projet de fondation ne peut espérer aboutir s'il ne se conforme pas aux statuts-types établis par la pratique administrative. Cependant, l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique n'est plus depuis peu le passage obligé pour la création de fondations personnalisées. L'édifice des fondations a en effet été récemment complété par de nouvelles dispositions ayant pour objectif de favoriser le mécénat d'entreprise.

¹ En ce sens, P. Langeron, loc. cit., p. 1004.

² En ce sens, P. Rongère, thèse préc., p. 270.

³ P. Langeron, loc. cit., p. 1003 ; cf. également, P. Rongère, thèse préc., p. 158.

⁴ P. Rongère, thèse préc., p. 229.

⁵ Cf. avis n° 320725 de la section de l'intérieur du 25 oct. 1977, in M. Pomey, traité. préc., p. 418.

SECTION III- LA SPECIFICITE DU MECENAT D'ENTREPRISE : ETUDE DU PROCEDE CREATEUR DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.

331. Nous avons déjà pu relever l'importance du mécénat et des fondations pour les entreprises¹. Pour les entreprises soucieuses d'inscrire leur action dans la continuité, la fondation constitue l'instrument de mécénat par excellence. Parmi elles, il va sans dire que les fondations dotées de la personnalité juridique présentent une supériorité incontestable pour les entreprises. Pourtant, la porte des fondations autonomes leur a été longtemps fermée. Cela résultait du fait que la seule personne morale autorisée à porter la dénomination de fondation était la fondation reconnue d'utilité publique² et cette dernière était peu accessible aux entreprises. La principale explication à cet état de fait tenait à la réticence de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, à accepter qu'une fondation d'utilité publique puisse porter la dénomination de l'entreprise fondatrice, sauf si celle-ci était également le nom d'une personne physique. Or, cette faculté présente une importance capitale pour les entreprises dans la mesure où la constitution d'une fondation s'inscrit, on le sait³, dans une logique de communication institutionnelle. Mais, le principal obstacle rencontré par les entreprises fut sans doute celui du financement de la fondation reconnue d'utilité publique. Tant le montant des biens affectés que la nécessité de s'acquitter en une seule fois de la dotation se sont révélés pénalisants pour les entreprises et notamment pour les petites et moyennes entreprises. En effet, il est plus facile pour les entreprises de fournir des versements échelonnés dans le temps que d'immobiliser, en une seule fois, une masse importante d'actifs.

332. Les pouvoirs publics ne sont pas restés insensibles aux besoins du mécénat d'entreprise qui ont, par deux lois successives, aménagé diverses mesures destinées à favoriser la création de fondations reconnues d'utilité publique et créé une personne morale nouvelle spécifique aux entreprises, la fondation d'entreprise.

¹ Cf. supra, n° 93 et s.

² Avant l'adoption de la loi portant réforme du mécénat (loi du 23 juillet 1987), les sociétés avaient recours à l'association de la loi de 1901 et nommaient faussement leur groupement fondation.

³ Cf. supra, n° 93 et s.

333. L'aménagement du régime de création des fondations d'utilité publique a consisté à autoriser les fondations reconnues d'utilité publique créées à l'initiative d'une ou plusieurs sociétés commerciales¹ ou d'un ou plusieurs établissements publics à caractère industriel et commercial à porter « la raison sociale ou la dénomination d'au moins l'une ou l'un d'entre eux » (article 18 al 4 de la loi du 23 juillet 1987 modifié par la loi du 4 juillet 1990). Il a également été prévu que les entreprises pourront s'acquitter de la dotation initiale en plusieurs versements (article 18-1 loi du 23 juillet 1987 modifié par la loi du 4 juillet 1990)². Il est vrai que cette dernière mesure n'est pas réservée aux entreprises mais il est probable qu'elle a été inspirée par le souci de favoriser le mécénat d'entreprise. Ces dispositions n'ont pas convaincu les entreprises dont les revendications ont abouti à l'institution d'une personne morale nouvelle, la fondation d'entreprise.

334. Conformément au schéma classique, la question de la personne des fondateurs sera envisagée préalablement à la recherche de la qualification de l'acte créateur de la fondation d'entreprise.

Paragraphe I- La personne des fondateurs.

335. L'accès aux fondations (fondations autonomes ou non) ne connaît pour limite que le respect des règles de Droit commun (respect des règles de capacité et de spécialité pour les personnes morales). A cet effet, nous avons déjà signalé que le principe de spécialité ne semble pas s'opposer à la participation des entreprises à la création de fondations, qu'elles soient ou non personnalisées³. L'observation est corroborée par l'institution de la fondation d'entreprise. Celle-ci se présente, en effet, comme une personne morale exclusivement réservée aux entreprises.

336. La notion d'entreprise retenue par le législateur n'englobe pourtant pas toutes les structures juridiques de l'entreprise. En effet, l'article 19 modifié de la loi du 23 juillet 1987 vise comme personnes habilitées à créer une fondation d'entreprise, les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial,

¹ Précisons que la rédaction initiale de cet article n'offrait qu'aux sociétés commerciales, à l'exclusion des établissements publics industriels et commerciaux, la possibilité de porter la dénomination de l'entreprise fondatrice. La modification a été introduite par la loi du 4 juillet 1990.

² Cette disposition avait été insérée par la loi du 23 juillet 1987 dans l'article 19 ; la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi de 1987 a repris sans le modifier dans l'article 18-1 le contenu de l'article 19.

³ Cf. supra, n° 120 et s.

les coopératives et les mutuelles¹. Se trouvent ainsi évincées les personnes physiques. A l'origine, le projet de loi incluait les personnes physiques commerçantes dans la liste des fondateurs mais celles-ci en ont été exclues par un amendement sénatorial². Il est en effet apparu insatisfaisant aux parlementaires de « réserver à une seule catégorie de personnes physiques le droit de créer une fondation d'entreprise »³, ces mêmes parlementaires recommandant aux commerçants-personnes physiques de constituer une E.U.R.L⁴ afin de bénéficier du dispositif de la loi du 23 juillet 1987 modifiée.

337. Les personnes morales susceptibles de créer une fondation d'entreprise peuvent indifféremment appartenir au secteur privé ou au secteur public ; le seul critère d'élection réside dans leur qualité d'entrepreneur. Ainsi, on comprend mieux, qu'au sein des personnes morales de droit privé, aient été évincés les associations, les fondations reconnues d'utilité publique et les syndicats. Ces personnes morales n'ont, en aucune façon, la vocation économique exercée dans l'intérêt des membres, caractéristique de l'entreprise⁵. En revanche, on conçoit moins que les G.I.E (groupement d'intérêt économique) n'aient pas pu bénéficier de cette faveur⁶. Ceux-ci, rappelons-le, ont pour objet le développement de l'activité de leurs membres, par la mise en commun de moyens (ordonnance du 23 septembre 1967).

338. Les personnes morales du secteur public concernées par le dispositif législatif de la loi du 4 juillet 1990 sont les établissements publics industriels et commerciaux, à l'exception des établissements publics administratifs. Cette exclusion s'explique sans mal si l'on rappelle que ce dispositif législatif n'a vocation à s'appliquer qu'aux entreprises. Or,

¹ Le caractère limitatif des personnes habilitées à créer une fondation d'entreprise est confirmé par une réponse ministérielle du 28 mai 1992. A la question de M. Fosset sur la possibilité pour un G.I.E de créer une fondation d'entreprise, le ministre du budget répond que seules les personnes énumérées dans la loi sont susceptibles d'être fondateurs (J.O Sénat, 6 août 1992, Débats, Q, n° 21408, p. 1799).

² Rapport n° 213 de Pierre Laffitte au nom de la Commission des Affaires culturelles du Sénat, J.O 1989-1990, Doc., Sénat, p. 37.

³ H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 42.

⁴ La raison invoquée par les parlementaires est pour le moins étrange puisque selon eux, la création d'une société « évitera d'éventuelles confusions entre patrimoine personnel et patrimoine de l'entreprise » : H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 42.

⁵ En ce sens, E. Baron, Les Fondations, mémoire D.E.A droit public, 1989-1990, p. 37.

⁶ Contra, M.H Maleville, Jurisclasseur Sociétés, fondation d'entreprise, fascicule 177, 1993, n° 17, pour laquelle l'exclusion est justifiée du fait de « leur objet limité au prolongement de l'activité économique de leurs membres ». Cependant, ce qui devrait compter c'est la vocation économique de la personne morale.

les entreprises publiques prennent exclusivement la forme juridique d'établissement public industriel et commercial¹, les établissements publics administratifs n'ayant pas d'objet économique².

339. La nature des personnes bénéficiaires des fondations d'entreprise n'est pas l'unique élément original de ce système ; l'engagement financier des entreprises fondatrices présente également des particularités certaines.

Paragraphe II- Qualification de l'acte créateur d'une fondation d'entreprise.

340. Contrairement à la fondation d'utilité publique, les conditions nécessaires à la création de la fondation d'entreprise sont précisées dans la loi et non par la pratique administrative. Ceci n'empêche pas que la procédure de création de la fondation d'entreprise présente certaines similitudes avec celle des fondations d'utilité publique. Ainsi, la manifestation de volonté des entreprises fondatrices³ s'exprime, elle-aussi, par une demande d'autorisation administrative, par un acte d'affectation de biens et par l'acte qui donne forme au projet (objet, organisation de la fondation...).

341. En revanche, le mode de financement des fondations d'entreprise a délibérément été conçu différemment de celui des fondations d'utilité publique. Partant du postulat que leur mode de financement était la principale entrave à la création de fondations par les entreprises, le législateur a mis en place un système de financement tout à fait particulier.

Le financement des fondations d'entreprise est, en effet, assuré par de simples engagements de versements (qui forment le programme d'action pluriannuel) et non par un capital initial important. Il est vrai que l'exigence d'une dotation initiale a été maintenue mais dans l'esprit du législateur, il s'agissait par là de conserver à la fondation d'entreprise

¹ A l'exception des établissements publics « à double visage » (E. Baron, mémoire préc., p. 37).

² La qualification des chambres de commerce et d'industrie d'établissement public économique opérée par le législateur dans la loi du 8 août 1994 a pu faire naître la question de savoir si une nouvelle catégorie d'établissement public, l'établissement public économique, n'avait pas été créée (en ce sens, G. Durand, L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ?, J.C.P. 1995, I, 3877). Si tel était le cas, ces nouveaux établissements pourraient, en raison de leur spécialité économique, être intéressés par le dispositif institué par la loi du 4 juillet 1990.

³ Même en cas de pluralité d'entreprises fondatrices, la manifestation de volonté de fonder demeure unilatérale (sur ce point, cf. supra, n° 226 et s.). Contra, M.H Maleville, Jurisclasseur sociétés, loc. cit., n° 18.

le caractère de groupement de biens¹. Cette dernière procède en outre d'une approche différente de celle de la fondation reconnue d'utilité publique, car la dotation initiale a été conçue comme une garantie de sérieux² de l'engagement des fondateurs.

342. Le montant minimum de la dotation initiale doit être compris entre le cinquième du montant minimum du programme d'action pluriannuel fixé par la loi à un million de francs et le cinquième du montant du programme d'action pluriannuel de la fondation d'entreprise (article 19-6 issu de la loi du 4 juillet 1990)³. De ce système assez complexe il résulte que la dotation minimale ne peut, quel que soit le montant du programme d'action pluriannuel, être inférieure à 200 000 Francs. Des fourchettes ont été établies par voie réglementaire (article 7, décret n° 91-1005 du 30 septembre 1991 pris en application de la loi du 4 juillet 1990). Ainsi, la dotation minimale est fixée à : - 200 000 francs pour un programme d'action pluriannuel inférieur à 2 millions de francs.

- 350 000 francs pour un programme d'action pluriannuel compris entre deux millions et trois millions.

- 500 000 francs pour un programme d'action pluriannuel compris entre trois et quatre millions.

- 650 000 francs pour un programme d'action pluriannuel compris entre quatre et cinq millions de francs.

- 800 000 francs pour un programme d'action pluriannuel supérieur à cinq millions.

343. L'énumération de ces fourchettes laisse toutefois insatisfait. Le montant de la dotation initiale requis pour les programmes d'action pluriannuel atteignant les plafonds des fourchettes est, de fait, équivoque. Ainsi, pour un programme d'action pluriannuel égal

¹ Cf., par ex., H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 49.

² M. Pierre Laffitte (rapporteur de la commission des affaires culturelles du Sénat) a pu parler de « droit de péage à l'utilisation du terme fondation » (Sénat, débats parlementaires de la loi du 4 juillet 1990, séance du 13 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 1543).

³ La rédaction de cet article résulte d'un compromis entre le Sénat et l'Assemblée nationale. La première assemblée était favorable à l'instauration dans la loi d'un chiffre «plancher» au montant de la dotation initiale (cf. par ex, l'intervention de M. Laffitte, séance du Sénat du 13 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 1543 ; v. également, rapport n° 213 de Pierre Laffitte au nom de la Commission des Affaires culturelles du Sénat, op. cit., p. 52) et l'Assemblée nationale, soucieuse de ne pas pénaliser la création de fondations qui seraient dotées d'un important programme d'action pluriannuel, en limite le montant au cinquième du montant du programme d'action pluriannuel (H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 50 et H. Mignon, rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale, n° 1475, J.O 1989-1990, Doc., A.N, p. 8).

à trois millions de francs, les fondateurs devront-ils apporter une dotation initiale de 350 000 francs ou de 500 000 francs ?

Il est certain, en revanche, que les pouvoirs publics ne peuvent exiger une dotation initiale d'un montant supérieur à ces sommes. Ce qui n'empêche évidemment pas les entreprises d'affecter une dotation initiale supérieure à ces montants, le législateur n'ayant pas voulu introduire de plafond¹.

344. Quel que soit le montant de la dotation initiale, le versement effectif des fonds constitutifs de la dotation initiale est garanti par un mécanisme de consignation. Celui-ci oblige le fondateur à consigner entre les mains d'un tiers, dès le dépôt du dossier à la préfecture, les fonds constitutifs de la dotation initiale jusqu'à ce que la fondation d'entreprise jouisse de la capacité juridique (article 5 du décret du 30 septembre 1991)². En pratique, ce tiers devrait être un professionnel c'est-à-dire un établissement financier ou un notaire. On peut penser que la consignation des fonds frappe ceux-ci d'indisponibilité.

345. Les observations qui précèdent permettent d'énoncer que l'acte d'affectation patrimoniale se compose de deux éléments, un acte de dotation initiale (A) et un acte juridique par lequel les fondateurs prennent l'engagement de verser les sommes correspondant au programme d'action pluriannuel (B).

A- Nature juridique de la dotation initiale.

346. Le décret ne précise pas quelle forme doit revêtir l'acte de dotation initiale et en pratique, l'autorité administrative n'exige aucun acte en la forme authentique. Est-ce à dire que l'acte de dotation initiale d'une fondation d'entreprise doit s'analyser en un acte à titre onéreux ?

347. Nous ne pensons pas qu'une telle analyse doive être retenue eu égard au raisonnement que nous avons auparavant élaboré et dont il convient de retracer les grandes

¹ Les débats parlementaires de la loi du 4 juillet 1990 (cf. l'intervention de M. Emile Basini, secrétaire d'Etat, séance de l'assemblée nationale du 22 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 2836) font ressortir que le barème n'a pas pour objectif d'établir un plafond. Contra, Vade Mecum de la fondation d'entreprise publié par l'U.D.A (l'union des annonceurs).

² Pour M^{me} Maleville, la consignation s'étend également aux sommes correspondant au titre du programme d'action pluriannuel facultativement versées (Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 29). Il nous semble qu'au contraire les textes devraient s'interpréter restrictivement dans la mesure où le mécanisme de consignation ne trouve sa raison d'être que dans le souci de s'assurer du sérieux de la volonté des entreprises candidates. Or, la seule consignation de la dotation initiale suffit à établir le sérieux de la demande de création.

lignes. Partant du constat que l'acte à titre onéreux se reconnaît par l'équivalence objective ou subjective des sacrifices antagonistes des parties, nous avons pu conclure à la gratuité de l'acte de dotation de la fondation d'utilité publique, car il est impossible de relever l'existence d'une contrepartie (et donc a fortiori *d'un sacrifice*) à la charge de la personne morale. Même si dans l'hypothèse qui nous occupe il devient possible de caractériser l'existence d'une contrepartie à l'aliénation de biens qui consiste dans l'obligation incombant à la fondation d'entreprise d'exercer l'activité sous la dénomination de l'entreprise fondatrice, il faut rejeter la qualification d'acte à titre onéreux faute de pouvoir voir dans cette prestation *un sacrifice* pour la personne qui l'exécute. Aussi, l'acte de dotation de la fondation d'entreprise ne peut être qu'une offre de donation à personne future et devrait, à ce titre, être passé en la forme authentique.

348. Telle n'est pourtant pas la qualification retenue par l'administration fiscale. Se fondant sur la rédaction de l'article 19 issue de la loi du 4 juillet 1990 selon laquelle « les fondateurs apportent... », elle assimile les sommes versées à titre de dotation initiale à des apports purs et simples¹ (Instruction fiscale du 23 juin 1992 n°18, 4-C-3-92). De ce fait, les versements constitutifs de la dotation initiale sont soumis à la perception du droit fixe des actes innommés équivalant à 500 francs et échappent aux droits d'enregistrement des libéralités.

Si la qualification d'apport est à cet égard avantageuse, elle ne manque pas de susciter la perplexité au plan juridique. L'apport, par définition, doit être restitué à l'apporteur à la dissolution de l'entreprise². Or, la loi prévoit que la dotation initiale doit, à la dissolution de la fondation d'entreprise, être attribuée à « un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation d'entreprise dissoute » (article 19-12 loi du 4 juillet 1990).

La qualification d'apport exclut en outre la déduction fiscale de l'article 238 bis-1 du C.G.I qui permet, rappelons-le, aux entreprises de déduire de leur bénéfice imposable les dons faits à une œuvre d'intérêt général. Cependant, l'Administration fiscale considère qu'au moment de la dissolution, l'apport se « transforme en un don »³ puisqu'à cet instant,

¹ Car les versements opérés ne confèrent pas de contrepartie appréciable en argent (alors qu'une entreprise qui réalise des apports reçoit en contrepartie des droits sociaux).

² En ce sens, G. Lamarque, Les fondations d'entreprise, Petites Affiches, 27 septembre 1993, n° 116, p. 7 et s. et spéc., p. 10.

³ E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 2872.

le non-exercice du droit de retour par l'apporteur pourra être constaté. Dès lors, les sommes versées au titre de la dotation initiale pourront bénéficier de la déduction fiscale de l'article 238 bis 1 du C.G.I et seront, à ce titre, soumises aux conditions générales de déductibilité fiscale des versements effectués par les entreprises dans le cadre du mécénat. A cette exception près que l'appellation de la fondation d'entreprise par la raison sociale ou dénomination de l'entreprise n'est pas exclusive du bénéfice de la déduction fiscale. Cela résulte d'une disposition de la loi du 4 juillet 1990 qui a eu pour objectif d'infléchir l'interprétation rigoureuse de l'Administration fiscale selon laquelle le versement qui aurait pour contrepartie un effet publicitaire serait écarté du bénéfice de l'article 238 bis 1 du C.G.I. Dans le même temps, en prévoyant que les frais déboursés par une entreprise pour la dotation de sa fondation d'entreprise sont susceptibles d'être déduits au titre de l'article 238 bis 1, la nouvelle disposition a eu pour effet de soustraire ces versements au régime de déduction des dépenses de parrainage¹.

349. Toujours est-il que la dotation a été avant tout perçue comme une garantie de sérieux de l'engagement des fondateurs lequel se concrétise par le programme d'action pluriannuel.

B- Nature juridique du programme d'action pluriannuel.

350. Comme nous l'avons dit, le programme d'action pluriannuel est la principale source de financement de la fondation d'entreprise. Il est le moyen, selon le rapporteur de l'Assemblée nationale, « d'inscrire dans la durée les activités mécénales de l'entreprise » et « constitue un mode de financement dynamique de la fondation »². Le programme d'action pluriannuel doit être en mesure de financer les activités de la fondation pendant une durée de cinq ans minimum.

351. Afin de garantir le sérieux de l'opération de mécénat, le législateur n'a pas voulu

¹ En ce sens, cf. l'intervention de Pierre Laffitte, séance du Sénat du 13 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 1544. Le Sénat avait voulu permettre la constitution de fondations d'entreprise à but lucratif. Le Sénat avait estimé que le caractère intéressé du mécénat d'entreprise était incompatible avec le but non lucratif des fondations. De plus, l'affirmation du but lucratif de la fondation d'entreprise aurait permis l'application du mécanisme de déduction des dépenses de parrainage (article 39-1-7 du C.G.I) (H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 35, 36).

² H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 51.

que le programme d'action pluriannuel soit inférieur à un million. L'autorité administrative exige, en outre, sans pourtant que cela soit prescrit par la loi, qu'il existe une adéquation entre les activités de la fondation d'entreprise et le montant des ressources qui leur sont affectées (circulaire du 17 octobre 1991, n° 1.6). S'agissant du contenu du programme d'action pluriannuel, le texte ne fait état que de « sommes » versées. Aussi, la faculté pour les entreprises de s'acquitter de leurs obligations non en numéraire mais par le transfert de biens en nature ou par la mise à disposition de salariés est improbable¹.

352. Les fondateurs peuvent s'acquitter des sommes dues au titre du programme d'action pluriannuel en totalité dès la création ou préférer l'étalement selon un calendrier prévisionnel indiqué dans les statuts². L'échelonnement des versements ne peut, toutefois, excéder une durée de cinq ans même si la fondation a vocation à perdurer au delà de cette période³. Afin de prévenir toute défaillance des entreprises dans le versement des sommes correspondant au programme d'action pluriannuel, une caution bancaire doit être, dès l'origine, fournie par chaque fondateur.

353. Selon les textes, le programme d'action pluriannuel est mentionné dans les statuts (article 19-7, Loi du 4 juillet 1990). Ces derniers ne sont soumis à aucune forme sacramentelle. Pourtant, il nous semble que les engagements des fondateurs participent de la nature des libéralités et plus précisément de celle d'offre de donation, car à l'instar de l'acte de dotation initiale, les fondateurs se dépouillent de numéraire sans contrepartie aucune⁴. D'ailleurs, fiscalement, les sommes correspondant au programme d'action pluriannuel sont assimilées à des dons sans contrepartie pour leur auteur et peuvent bénéficier de la déduction fiscale de l'article 238 bis 1 du C.G.I.

354. La circonstance que les versements peuvent être échelonnés, en cinq échéances au plus, ne modifie en rien la qualification de libéralité. La seule signification qu'il faut lui prêter est que l'exigibilité de la libéralité est retardée jusqu'à l'arrivée de chaque échéance. Comment expliquer alors que les sommes promises au titre de programme d'action

¹ Contra, G. Lamarque, loc. cit., p. 10.

² En pratique, l'échelonnement dans le temps du programme d'action pluriannuel devrait être le principe puisque la capacité financière de l'entreprise s'accommode davantage de versements échelonnés.

³ Car les entreprises fondatrices pourraient, lors de la création de leur fondation, prévoir d'inscrire leur action mécénale pour une durée supérieure à cinq ans.

⁴ Le fait que l'entreprise ait un intérêt matériel à la création de la fondation d'entreprise ne modifie en rien l'analyse retenue. Du moment que l'affectation de biens profite à la fondation d'entreprise, peu importe que le fondateur y trouve un intérêt.

pluriannuel soient dispensées des formes des donations ? Si l'engagement de versement est immédiatement accompagné du versement de son montant, la dérogation s'explique, car il y a alors don manuel. Mais, on voit mal comment l'engagement financier des entreprises fondatrices et le versement des sommes correspondant à cet engagement pourraient être concomitants puisque, par hypothèse, au moment où les entreprises promettent les fonds¹, la fondation d'entreprise n'existe pas encore. Aussi, tout comme l'acte de dotation, l'offre de verser le programme d'action pluriannuel devrait être constaté dans un acte authentique.

355. En tant qu'ils sont la concrétisation de la volonté de fonder des entreprises, la dotation initiale et le programme d'action pluriannuel jouent un rôle essentiel dans l'attribution de l'autorisation préfectorale.

Paragraphe III- L'autorisation étatique en matière de fondation d'entreprise.

356. Nous savons déjà que le désir de favoriser la création de fondations par les entreprises s'est manifesté dans les modalités de financement de la fondation d'entreprise et dans la dénomination sociale de celle-ci. Ces efforts risquaient d'être vains si, parallèlement, la procédure administrative n'était pas, elle-aussi, assouplie.

357. Il est vrai que la longueur de la procédure administrative d'autorisation est de nature à décourager tous les candidats-fondateurs, quelle que soit leur qualité (particuliers ou entreprises). Mais pour les entreprises, cet inconvénient est encore accru dans la mesure où les revers de fortune sont plus à craindre. De plus, la politique de mécénat de l'entreprise se doit de tenir compte des nécessités du moment. Autrement dit, elle doit opter pour un « domaine porteur » en termes d'image de marque. Or, les besoins ressentis comme urgents par une société sont susceptibles d'évoluer rapidement. Aussi, le législateur a-t-il opté pour un allégement du mécanisme de constitution des fondations d'entreprise. S'il a maintenu le principe d'une autorisation administrative préalable à la création de fondation, il a assoupli le mécanisme de constitution des fondations. Cela s'est traduit dans le déroulement de la procédure (A) et dans les conditions d'obtention de

¹ Ainsi, les sommes promises sont-elles mentionnées dans le projet de statuts qu'elles soumettent à l'autorité administrative. Par ailleurs, les entreprises doivent fournir un contrat de caution destiné à garantir le programme d'action pluriannuel et manifestent ainsi leur volonté de s'engager sur un programme pluriannuel.

l'autorisation administrative (B).

A- La procédure d'autorisation administrative des fondations d'entreprise.

358. Le régime de constitution des fondations d'entreprise devait, par souci de cohérence du régime juridique des fondations, être calqué sur celui de la fondation reconnue d'utilité publique.

Ainsi, comme la fondation reconnue d'utilité publique, la fondation d'entreprise acquiert la capacité juridique à compter de la publication au journal officiel de l'autorisation administrative. Cette dernière se sépare néanmoins de l'autorisation administrative des fondations d'utilité publique par la personne de son auteur. Elle est l'acte d'une autorité déconcentrée, le représentant de l'Etat du département du siège et à Paris, le Préfet de Paris¹. Celui-ci agit sans avoir à solliciter l'avis du Conseil d'Etat. De cette façon, les délais résultant des étapes de consultation des différentes autorités de tutelle et du Conseil d'Etat sont supprimés.

359. De manière plus originale, la loi du 4 juillet 1990 précise que l'autorisation administrative pourra être délivrée tacitement². L'autorisation est, en effet, réputée acquise à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter du dépôt de la demande³.

360. En cela, la disposition déroge au droit commun puisque d'ordinaire, le silence gardé par l'autorité administrative pendant plus de quatre mois vaut rejet de la demande⁴.

¹ Le choix de cette autorité est présenté par le législateur comme la solution « la moins mauvaise » (L. 4 juillet 1990, Sénat, rapport n° 213 préc., p. 40 et 41.). En effet, si de par son expérience, le Bureau des associations et des fondations paraissait le mieux armé pour assurer le contrôle de la fondation d'entreprise, la charge de travail lui incombant du fait de ce surcroît de responsabilité aurait dû conduire à lui octroyer des moyens supplémentaires. Par ailleurs, on a fait remarquer qu'historiquement, la compétence préfectorale pour autoriser la création d'établissements était issue « d'une assimilation avec les pouvoirs de police que le préfet exerçait, et exerce toujours, sur de telles institutions » (A. Demichel, thèse préc., tome 1, p. 207). Dans les départements d'Ile de France, la concentration géographique des entreprises conduit à ce que les préfets de ces départements soient le plus sollicités. A Paris, le Préfet de police aura cette mission.

² C'est également le système en vigueur en matière d'inscription au tableau des ordres professionnels, en matière de délivrance de permis de construire et dans le domaine des cumuls et réunions d'exploitations en agriculture.

³ D'aucuns ont pu estimer que ce mécanisme d'autorisation tacite modifiait l'analyse de l'acte de fondation puisqu'en ce cas, la volonté unilatérale du fondateur se voit dotée, moyennant l'accomplissement d'une formalité de publicité, du pouvoir de donner naissance à une personne morale (en ce sens, E. Alfandari, La loi du 4 juillet 1990, loc. cit., p. 610. Cette opinion nous paraît quelque peu excessive dans la mesure où une autorisation administrative tacite n'en perd pas pour autant son caractère d'autorisation administrative.

⁴ La règle de la décision implicite a pour origine le décret du 2 novembre 1864. D'autres textes ont élargi le domaine d'application de ce principe. Il s'agit notamment de la loi du 7 juin 1956.

Une telle solution ne pouvait d'ailleurs résulter, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que d'une disposition législative¹.

Le caractère tacite de l'autorisation aurait pu contrarier l'objectif de souplesse du système, car on pouvait légitimement² se demander de quelle manière les dirigeants d'une fondation pourraient faire publier (et avant cela prouver le dépôt de la demande d'autorisation) au journal officiel une autorisation tacite. Le décret d'application de la loi du 4 juillet 1990 a mis fin à l'incertitude en précisant que dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la demande d'autorisation de la fondation, le préfet délivre un récépissé de dépôt mentionnant la date de ce dépôt (article 4, décret du 30 septembre 1991). Ainsi, lorsque l'Administration a gardé le silence pendant quatre mois³, les fondateurs peuvent adresser le récépissé de dépôt de la demande au ministère de l'Intérieur qui effectue, aux frais de la fondation, la publication au journal officiel⁴. La publication doit d'ailleurs énumérer la date de l'autorisation expresse ou celle à laquelle est réputée acquise l'autorisation tacite, la dénomination, le siège social, l'objet de la fondation d'entreprise, sa durée, les montants de la dotation et du programme d'action pluriannuel, la dénomination et le siège de chacun des fondateurs.

361. Le législateur ne s'est pas contenté d'instaurer une procédure d'autorisation tacite ; il a également jugé bon de définir légalement les conditions d'obtention de l'autorisation administrative.

¹ Décision du 26 juin 1969, A.J.D.A. 1969, p. 563. En sens inverse, le Conseil d'Etat a jugé légal l'octroi tacite d'un permis de construire institué par décret : Conseil d'Etat, 27 fév. 1970, Commune de Bozas, A.J.D.A. 1970, 225, obs. Denoix de Saint Marc et Labetoulle, J.C.P. 1970, II, 16340, note M.C. On a pu estimer que le Conseil constitutionnel ne réitérerait plus sa position s'il était à nouveau appelé à se prononcer sur le sujet. Pour les tenants de cette opinion, il se serait agi pour le Conseil constitutionnel de « concurrencer l'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat » : en ce sens, M. Monnier, Les décisions implicites d'acceptation de l'Administration, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 166, 1992, préface M. Fromont, p. 42.

² A. Gobin, La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique, seconde ébauche du statut des fondations en France, J.C.P. 1990, éd. N, I, p. 449 et s. et spéc., n° 18 et s. ; A. Gobin, Fondations d'entreprise : le décret d'application de la loi du 4 juillet 1990, J.C.P. 1991, éd. N, Pratique, 2007.

³ On remarquera qu'aucune disposition textuelle ne règle l'hypothèse dans laquelle l'Administration serait saisie d'un dossier incomplet. D'ailleurs, aucune disposition n'enjoint à l'autorité administrative de demander au candidat-fondateur les pièces manquantes. On peut dès lors se demander si en ce cas, une décision implicite d'acceptation pourrait intervenir. Dans d'autres domaines, le juge administratif s'y est refusé : cf. Conseil d'Etat, 27 mai 1960, Lebon, 373 ; Conseil d'Etat, 19 nov. 1971, Lebon, 701 ; Conseil d'Etat, 4 juin 1982, Lebon, 213.

⁴ Il eût été également possible d'envisager une publication automatique par les services préfectoraux au journal officiel de l'autorisation officielle (A. Gobin, La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique, seconde ébauche du statut des fondations en France, loc. cit., n° 20).

B- Les conditions d'obtention de l'autorisation administrative.

362. Pour accorder ou refuser l'autorisation administrative, le Préfet doit tenir compte des critères légaux : l'objet poursuivi par la fondation d'entreprise qui doit être d'intérêt général et non lucratif, la qualité des fondateurs (dont la liste est fixée limitativement par la loi), la souscription d'un engagement financier qui se traduit par le versement immédiat d'une dotation initiale et par la promesse de versement des sommes correspondant au programme d'action pluriannuel et l'organisation de la fondation conformément à la loi. La circulaire du 17 octobre 1991 précise par ailleurs que, même si le dossier est, dans sa forme, complet, la demande de création de la fondation d'entreprise sera rejetée en cas d'inadéquation entre les activités de la fondation d'entreprise et le montant des ressources qui leur sont affectées, en cas d'incohérence entre le montant du programme d'action pluriannuel et le montant de la dotation initiale ou encore s'il y a risque de confusion entre l'objet social de la fondation d'entreprise et les activités de l'un ou de plusieurs fondateurs, ou méconnaissance des dispositions légales des articles 19, 19-2 à 19-4 et 19-6 à 19-8 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée.

363. La définition de l'objet statutaire de la fondation d'entreprise est d'ailleurs entendue de manière très souple par l'Administration dans la mesure où, selon la circulaire du 26 février 1992¹, la fondation d'entreprise peut intervenir dans plusieurs domaines d'activité. Il en résulte qu'une fondation d'entreprise pourrait parfaitement développer une action à caractère social et financer en même temps une politique culturelle.

Le caractère d'intérêt général de la fondation d'entreprise présente néanmoins une certaine spécificité dans la mesure où il exclut, selon l'autorité administrative, tout rapprochement entre l'activité de la fondation et celle de ses fondateurs. Cette exigence a été, sans aucun doute, dictée par une intention louable. Il serait choquant que la fondation dissimule une action de publicité directe pour les produits ou services réalisés par l'entreprise fondatrice. Les tribunaux l'avaient d'ailleurs décidé dès avant la loi de 1990. Ainsi, dans une espèce jugée le 20 avril 1969², la Cour d'appel de Paris avait condamné les laboratoires Goupil pour publicité mensongère sur le fondement de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 : ceux-ci avaient diffusé, en utilisant la terminologie « fondation » pour

¹ Circulaire du 26 février 1992, NOR.INT.A9200064C.

² J.C.P. 1984, éd. E, p. 32.

désigner l'association qu'ils avaient créée pour promouvoir l'information et l'éducation des enfants et des parents sur l'hygiène bucco-dentaire, des publicités pour la vente de produits fabriqués par eux sous couvert de campagne d'intérêt général pour la santé bucco-dentaire. Les juges d'appel ont estimé qu'en agissant ainsi, l'entreprise avait favorisé la confusion dans l'esprit du public entre la campagne d'intérêt général et la publicité faite sur les produits fabriqués par l'entreprise.

364. Mais s'il est exclu que l'entreprise utilise la fondation d'entreprise pour des campagnes publicitaires, il n'est pas inopportun que l'entreprise puisse faire profiter l'intérêt général de ses compétences : comme on a pu le relever « la frontière entre mécénat technique ou mécénat de compétences et le risque de confusion d'objet social, sauf cas exceptionnel, est en pratique extrêmement mouvante »¹. Toutefois, il n'est pas certain qu'une politique de mécénat de ce genre soit « stratégiquement payante » pour l'entreprise, car, selon les spécialistes de la communication, « le service rendu (par le mécène) doit être également crédible. Or, la crédibilité dépend du rapport entre l'annonceur et l'activité choisie. Lorsque celui-ci décide de créer une fondation pour une activité proche de sa vocation commerciale, il prend le risque de faire douter de sa générosité et d'être perçu comme un praticien de la publicité déguisée »².

365. Le fait que les critères d'autorisation administrative soient établis par la loi et explicités et complétés par la circulaire de 1991 ne signifie pas que le contrôle de l'autorité préfectorale soit purement formel. Ainsi, l'appréciation du caractère d'intérêt général de l'activité de la fondation d'entreprise et de la viabilité du projet est affaire d'opportunité.

Comme tout acte administratif, la décision du Préfet peut faire l'objet d'un recours administratif dans les conditions du droit commun (c'est-à-dire dans un délai de deux mois à compter de la décision). Ce recours n'est pas exclusif du recours hiérarchique (en l'espèce exercé auprès de l'autorité de tutelle c'est-à-dire du ministre de l'Intérieur). En pareille hypothèse, le silence gardé par l'autorité hiérarchiquement supérieure pendant un délai de quatre mois valant refus définitif, la décision pourrait être déférée au tribunal

¹ E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 2042. Les auteurs relèvent que cette interdiction se justifie d'autant moins que « le législateur a expressément admis que si les opérations de mécénat devaient en premier lieu bénéficier à l'intérêt général, elles ne sont néanmoins pas dépourvues de tout intérêt pour l'entreprise » (même référence). On peut toutefois rétorquer que l'intérêt admis par le législateur est uniquement un intérêt de nature publicitaire.

² S. Piquet, loc. cit., p. 5.

administratif dans un délai de deux mois.

Conclusion du Titre I

366. L'étude du droit positif relatif aux modes d'affectation de biens à un but d'intérêt général nous aura permis de prendre la mesure des incertitudes qui entourent l'acte de fondation.

367. Lorsque l'affectation de biens se fait par transmission de biens à une personne préexistante moyennant l'obligation pour cette dernière de donner aux biens la destination voulue par le fondateur, l'acte de fondation réalisera souvent une libéralité (puisque seule la disposition grevée d'une affectation étrangère aux attributions de l'organisme affectataire constitue un acte à titre onéreux et que cette éventualité a peu de chances de se produire). L'efficacité de l'acte de fondation suppose alors que le fondateur s'adresse à une personne morale dont les activités correspondent à l'affectation d'intérêt général choisie par le fondateur et que cette dernière dispose, en outre, de la capacité de recevoir à titre gratuit. Ces rigoureuses exigences ont été assouplies par une jurisprudence favorable aux fondations, souvent au risque de dénaturer la notion de libéralité avec charge en en faisant une simple technique de réalisation des buts du fondateur que le juge pourrait modeler à sa façon.

368. Pareil reproche ne peut être fait à la technique d'affectation de biens par création d'une personne morale nouvelle. Dans ce cas, l'opération de fondation consiste à créer une personne morale (fondation reconnue d'utilité publique ou fondation d'entreprise) et à la doter. Les principales difficultés rencontrées concernent la création de fondations reconnues d'utilité publique par acte à cause de mort : il s'est avéré que le legs direct à personne morale future, quoique louable dans son esprit, est difficile à intégrer dans notre droit successoral.

Il est apparu également que la manifestation de volonté exprimée par le fondateur ne peut produire effet sans l'aval de la puissance publique et que le chemin qui conduit à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique est long et tortueux. A cet égard, le régime d'autorisation des fondations d'entreprise est assurément plus souple.

Fort de ces enseignements, nous sommes en mesure d'envisager les réformes souhaitables du droit des fondations.

TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS ET PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS.

369. Il est sans doute de multiples façons d'appréhender de manière critique l'appréciation du Droit positif. On peut ainsi songer à distinguer les fondations autonomes des fondations non dotées de la personnalité morale. Cette présentation nous apparaît cependant trop descriptive. Elle méconnaît, en outre, le fait que, dans la majorité des hypothèses, fondations autonomes et fondations non personnalisées rencontrent des difficultés identiques. Plus synthétique nous paraît être la démarche consistant à partir des éléments constitutifs de la fondation. Ainsi, le recours à la technique juridique ne se justifie que parce qu'il permet d'atteindre l'objectif assigné par le fondateur, c'est-à-dire en matière de fondation, de faire correspondre l'emploi des biens au but d'intérêt général. Dans cette mesure, la finalité de l'affectation trace la ligne directrice de l'évolution du Droit des fondations. Si la finalité de l'affectation constitue le vecteur obligé de l'évolution des procédés créateurs, elle en marque dans le même temps la limite (chapitre I). C'est en effet uniquement dans la mesure où elles sont compatibles avec la finalité de l'affectation que des réformes peuvent être envisagées.

370. L'existence dans le concept de fondation d'une affectation de biens appelle également à la réflexion en ce qu'elle pose la question de savoir s'il y a lieu ou non de prendre en considération cette affectation aux fins de consacrer un acte de fondation spécifique (chapitre II).

CHAPITRE I- DES IMPLICATIONS DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION SUR LES PROCEDES CREATEURS.

371. La finalité de l'affectation imprègne de nombreux aspects du Droit des fondations. Elle est ainsi le prétexte allégué à l'encontre de certaines catégories de personnes morales pour leur retirer l'accès aux fondations autonomes (Section I). La poursuite d'une œuvre d'intérêt général à caractère pérenne est également invoquée pour justifier le statut fait aux biens affectés à sa satisfaction (Section III).

372. La liberté de fonder connaît par ailleurs des limites tenant à la restriction pour le fondateur de disposer de ses biens. Il faudra déterminer dans quelle mesure les limites à la liberté de disposer de ses biens peuvent être assouplies dans le respect de la finalité de l'affectation (Section II).

373. La finalité de l'affectation est, enfin, alléguée pour justifier que la création de fondations soit placée sous le régime d'une autorisation préalable. En effet, la manifestation de volonté du fondateur, qui s'exprime par des procédés de droit privé ou exceptionnellement de droit public¹, n'est pas toujours suffisante pour donner naissance à une fondation. C'est pourquoi il est de coutume d'affirmer que l'intervention étatique constitue la clef de voûte du système. Cette assertion qui va sans dire lorsqu'il est fait allusion à la fondation reconnue d'utilité publique (qui doit être autorisée par un décret de reconnaissance d'utilité publique), ou à la fondation d'entreprise (dont la naissance doit être autorisée par arrêté préfectoral) est moins évidente lorsqu'il est question de fondations non personnalisées.

374. Sans doute, à première vue, il paraît possible de caractériser l'existence d'une intervention administrative dans la procédure d'acceptation ou d'autorisation administrative d'accepter les libéralités. En effet, à l'occasion de l'étude de l'acte créateur

¹ Cf. supra, n° 245 et s.

d'une fondation non autonome, nous avons pu constater que pratiquement, les seules personnes morales aptes à héberger une fondation étaient, soit des personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics), soit des personnes morales de droit privé soumises à autorisation administrative pour l'acceptation des libéralités (et nous rappelons que c'est, le plus souvent, par le procédé de la libéralité avec charge que prend naissance une fondation non autonome). Par conséquent, en accordant ou non l'autorisation administrative d'accepter, le gouvernement autoriserait ou non la création de fondations non personnalisées.

375. Ce contrôle exercé par une personne morale de droit public, soit directement (si elle accepte par elle-même la libéralité), soit indirectement (c'est-à-dire par le biais de l'autorisation administrative d'accepter des libéralités), diffère néanmoins par sa nature de celui exercé par la puissance publique lors de la création d'une fondation autonome. L'objet du contrôle n'est pas le même que pour les fondations autonomes dans la mesure où la puissance publique n'examine pas le *projet de fondation en lui-même* (son opportunité, son caractère d'utilité publique), mais contrôle seulement que l'objet de la fondation projetée est compatible avec l'intérêt de l'établissement bénéficiaire (c'est-à-dire que la libéralité ne lui impose pas de charges trop onéreuses ou encore que la charge de fondation correspond à la spécialité de l'organisme et est conforme à l'intérêt de l'Etat ainsi qu'à celui des familles).

376. Il est vrai, toutefois, que lorsque l'établissement bénéficiaire est une fondation reconnue d'utilité publique, cette dernière ne peut héberger en son sein des fondations sans personnalité morale qu'à la condition que ses statuts aient été approuvés à ce titre (article 20 de la loi du 23 juillet 1987). Il semble cependant que la poursuite de cette mission n'exige aucunement que les fondations abritantes se soumettent à des modalités particulières d'organisation ou de fonctionnement. De plus, cette procédure ne se traduit pas par un contrôle a priori de l'autorité administrative, qui se produirait à chaque fois que la fondation d'utilité publique abritante se propose de gérer une masse de biens non personnalisée.

Ainsi, dans la mesure où il existe un contrôle administratif préalable pesant exclusivement sur les fondations autonomes, il est loisible de se demander si ce contrôle est toujours justifié et dans l'affirmative, s'il ne faudrait pas l'étendre à toutes les fondations, personnalisées ou non (Section IV).

SECTION I- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET QUALITE DES PERSONNES CONCERNEES PAR LA CREATION DE FONDATIONS AUTONOMES.

377. Nous avons pu remarquer que le Droit positif a fait montre d'un libéralisme certain à l'égard des personnes autorisées à fonder, puisqu'en dernier lieu les sociétés industrielles et commerciales se sont vues expressément reconnaître qualité à fonder. A l'heure actuelle, il n'est possible de dénombrer que deux limites à ce libéralisme : elles concernent toutes deux les fondations autonomes.

Paragraphe I- La participation des personnes publiques à la création de fondations reconnues d'utilité publique.

378. La raison principale avancée par les détracteurs de la liberté des personnes publiques de créer, à elles seules, une fondation est que, financée entièrement par des personnes publiques, la fondation équivaudrait à un établissement public déguisé¹. Selon les partisans de cette conception, le caractère privé du service d'intérêt général lui vient de son origine privée en ce sens qu'il appartient à une personne privée de définir la finalité de la personne morale et de lui donner les moyens financiers de parvenir à réaliser son but. Ainsi, la personne morale de droit privé qu'est la fondation se devrait de comporter une initiative ou un financement privé². Mais, les sociétés à capital mixte et les associations para administratives témoignent qu'il n'y a là aucune nécessité³.

On a également argué du fait que la création d'une fondation, personne morale de droit privé, équivaudrait à une débudgétisation de l'action publique alors qu'il est interdit aux personnes morales de droit public de réaffecter une partie du patrimoine confié à elles pour l'exercice de leur compétence. Il n'y a pas là d'objection définitive, car l'argument

¹ En ce sens, L. Canet, loc. cit., p. 442.

² V. J. Vacherot, Les fondations en France, l'origine, l'évolution, le régime actuel, Administration, juin 1978, p. 137 et s. et spéc., p. 142.

³ En ce sens, E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 119, p. 17. On notera, au passage, que par rapport aux associations déclarées, les fondations offrent, par leur structure, plus de garanties que les associations simplement déclarées puisqu'elles sont soumises à la tutelle étatique (en ce sens, M. Pomey, Fondations et services publics, Revue administrative, septembre 1972, p. 471 et s. et spéc., p. 475).

vaut pour toute participation, même minime, des personnes publiques à la création de fondations et pour elle, il a été rejeté¹.

En réalité, le droit public n'interdit pas le recours à des personnes morales de droit privé s'il existe un motif d'intérêt général suffisant et à condition qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne soit méconnue². Ainsi, le recours aux personnes morales de droit privé ne saurait réaliser un démembrement de l'Administration. Il en résulte que le procédé de la fondation ne peut servir à une collectivité territoriale à se décharger d'une compétence lui appartenant en propre³. Plus généralement, la fondation camouflerait une personne publique « déguisée » lorsque, exclusivement financée par la personne publique, elle correspond, en outre, à la personnalisation d'un de ses objets⁴.

En dehors de ces hypothèses, il est admis que des missions de services publics peuvent être confiées à des personnes morales de droit privé⁵. D'abord, parce que l'Administration ne dispose pas toujours de moyens matériels et humains suffisants pour faire face à la multiplication des besoins collectifs à satisfaire. Ensuite, parce que certaines activités désintéressées s'accommodent mal des structures rigides de l'Administration. En effet, certains objets d'intérêt général impliquent, par leur nature même, pluralisme et liberté⁶.

379. A la vérité, la position du Conseil d'Etat ne se justifie pas par des considérations uniquement juridiques. En effet, s'il s'était seulement agi de préserver le caractère de droit privé des fondations, la participation de personnes privées au fonctionnement de la fondation eut suffi. Il semble, en fait, que le Conseil d'Etat ait entendu préserver la finalité

¹ En ce sens, Y. Gaudemet, loc. cit., p. 52.

² En ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 78.

³ Avis du 11 mars 1958, in M. Pomey, traité préc., p. 411.

⁴ En ce sens, Y. Gaudemet, loc. cit., p. 52 ; cf. également J.P. Négrin (thèse préc., p. 17) qui propose pour distinguer entre les personnes morales privées authentiques et les personnes morales qui constituent des démembrements de l'Administration certains indices. Ainsi, pour l'auteur « ces indices sont l'origine ou la création d'une part, la composition des organes d'autre part. En les utilisant cumulativement il ne semble pas contestable de considérer comme personnes privées « authentiques » celles qui sont créées par des particuliers (ou par des personnes morales de droit privé « authentiques » dans le cas de groupements de personnes morales) et dont les organes sont composés de personnes privées, comme personnes privées « fictives » celles qui sont créées par la puissance publique et dont les organes sont composés d'agents de celle-ci ».

⁵ En ce sens, M. Pomey (Fondations et services publics, loc. cit., p. 477) qui limite néanmoins la possibilité de confier des missions de service public à des personnes privées aux activités se situant aux « frontières du progrès social » telle que l'innovation.

⁶ En ce sens, M. Pomey, Situation actuelle et avenir des Fondations en France, Droit social 1966, p. 397 et s. et spéc., p. 399, qui donne pour exemple le domaine de l'innovation et de la prospective (recherche scientifique, création artistique, urbanisme).

traditionnelle des fondations qui est, selon lui, de faire financer des activités présentant un caractère d'intérêt général par des personnes morales de droit privé¹. Cette conception de la finalité des fondations n'est, en aucun cas, imposée par la définition de la fondation donnée par la loi du 23 juillet 1987. Si le législateur ne se prononce pas sur la finalité des fondations, il n'exclut pas, lorsqu'il définit la fondation, les personnes publiques de la qualité de fondateurs. Dès lors, en l'absence de dispositions expresses, rien ne permet de soustraire les personnes publiques de la qualité de fondateur, dès lors qu'aucun principe juridique ne s'y oppose². Admettre le contraire aboutit, comme le fait le Conseil d'Etat, à introduire un nouvel élément (l'origine privée des fonds) dans la notion de fondation.

380. L'origine privée des capitaux de la fondation ne suffit d'ailleurs pas toujours à ouvrir le bénéfice de la technique des fondations.

Paragraphe II- L'accès des fondations d'entreprise aux personnes physiques.

381. L'accès des fondations d'entreprise a été refusé aux personnes physiques pour des raisons peu convaincantes puisque les entrepreneurs individuels, à l'instar des entreprises constituées sous forme sociétaire, peuvent ressentir le besoin de valoriser l'image de marque de leur entreprise.

382. Une argumentation plus convaincante a pu toutefois être présentée³. Elle s'appuie sur trois éléments. L'exclusion des personnes physiques se justifierait d'abord par l'insuffisante surface financière d'une personne physique pour poursuivre une action de mécénat à long terme. L'objection est pour le moins paradoxale quand on sait que le mécanisme de financement des fondations d'entreprise a été imaginé pour permettre à des entreprises de petite taille de s'engager durablement dans une activité d'intérêt général. Plus sérieux est l'argument tenant à la réticence du législateur à admettre qu'une personne physique puisse affecter une partie de ses biens à une personne morale. Cependant, la critique ne porte guère. N'est-il pas en effet plus artificiel d'obliger un entrepreneur personne physique désireux de créer une fondation d'entreprise à constituer au préalable

¹ En ce sens, M. Pomey, op. cit., p. 78.

² Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 21, qui justifie l'exclusion des personnes morales de droit public par le caractère privé de la fondation reconnue d'utilité publique.

³ V. M-H Maleville, Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 17.

une E.U.R.L. ? Pour le coup, le remède proposé est pire que le mal puisqu'il sollicite la constitution d'une personne morale qui procède elle-même d'une affectation de biens.

383. Enfin, la création par un particulier d'une structure de ce type « à seule fin de valoriser son nom »¹ ne pourrait que nuire à l'amélioration de l'image de marque de son entreprise. L'argument prouve mal car il prouve trop. Il est en effet de nombreuses entreprises constituées en la forme sociétaire qui portent comme dénomination sociale le nom de leur créateur. Leur imposera-t-on de renoncer pour cette raison à constituer une fondation d'entreprise ? L'amélioration de l'image de marque d'une entreprise, quelle que soit sa forme juridique, passe nécessairement par la valorisation de son nom.

384. En réalité, la véritable raison de cette réticence à faire bénéficier les personnes physiques de la technique des fondations d'entreprise doit être recherchée dans la crainte de détournement des fondations à des fins de promotion publicitaire de l'entreprise individuelle, ce qui aurait pour conséquence la perte du prestige de l'appellation de fondation. Cette suspicion n'est pourtant pas fondée : il y a évidemment une action publicitaire dans le fait pour une fondation de porter le nom de son fondateur. Cependant cette publicité est licite, car parfaitement compatible avec l'intérêt général. Dès lors, le risque que l'appellation de fondation d'entreprise perde de sa renommée n'est pas à craindre. De plus, la menace de détournement de la fondation à des fins publicitaires illicites est la même que la fondation soit créée par un entrepreneur personne physique ou par une entreprise constituée sous la forme sociétaire.

La finalité d'intérêt général de la fondation peut donc parfaitement s'accommoder de la participation des personnes physiques à la création de fondation d'entreprise. Reste maintenant à envisager si cette même finalité d'intérêt général est de nature à légitimer les atteintes à la liberté du fondateur de disposer de ses biens.

¹ Ibid, n° 17.

SECTION II- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET ATTEINTES A LA LIBERTE POUR LE FONDATEUR DE DISPOSER DE SES BIENS.

385. Parce que l'acte de fondation s'analyse le plus souvent en un acte à titre gratuit, la liberté de disposer à titre gratuit (et, par là-même, la liberté de fonder) du fondateur est limitée à la quotité disponible, voire en deçà si la libéralité constitue un legs soumis à réduction administrative. Il est vrai cependant que la liberté de disposer à titre gratuit est entière pour les personnes morales qui ne sont pas évidemment pas concernées par la réserve successorale. En dehors de ce cas, la liberté de fonder est enserrée dans l'obligation de respecter la réserve légale (paragraphe I). La pratique administrative, par souci de protection de la famille du fondateur, a en outre institué la réduction administrative des legs adressés aux personnes morales soumises à la tutelle étatique, consacrant de la sorte une autre limite à la liberté pour le fondateur de disposer de ses biens (paragraphe II).

Paragraphe I- La réserve successorale, limite légale à la liberté de fonder.

386. Chaque fois que l'acte de fondation s'analyse en une libéralité (pure et simple ou avec charges) les règles des articles 920 et suivants du Code civil trouvent à s'appliquer¹. Il en ira ainsi dans l'hypothèse où l'acte de fondation s'analyse en une donation avec charges dans l'intérêt du gratifié. La seule difficulté à résoudre est celle de déterminer le montant des biens donnés qui doit être pris en compte pour l'évaluation de la masse de calcul de la réserve. La question, qui se ramène à savoir si les biens donnés doivent être réunis aux biens existants dans leur intégralité ou seulement sous déduction de la charge imposée, est d'importance puisque dans l'hypothèse de l'acte de fondation, la charge absorbe entièrement l'émolument. Sur ce point, il est traditionnellement énoncé que la donation avec charges doit être fictivement réunie pour la valeur de l'émolument net du

¹ Notons que la question du rapport de l'acte de fondation ne se pose pas parce que le destinataire de l'acte de fondation sera toujours, pour des raisons d'efficacité de l'acte de fondation, une personne morale : v. supra, n° 128 et s.

gratifié c'est-à-dire déduction faite de la charge¹. Toutefois, dans la mesure où l'acte de fondation s'analyse en une donation avec charges dans l'intérêt du gratifié, il paraît plus logique de ne pas déduire du montant des biens donnés celui de la charge de fondation. La charge de fondation profitant au donataire, il peut sembler équitable que la totalité des biens donnés sans déduction de la charge de fondation soit réuni fictivement à la masse héréditaire².

Si le legs portant sur les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général excède la quotité disponible, il sera réductible lors de l'ouverture de la succession. Il en résulte que l'établissement légataire (préexistant ou à créer) risque d'être privé de tout ou partie des ressources affectées à l'œuvre d'intérêt général. La perspective de voir l'action en réduction aboutir à frustrer le service d'intérêt général de tous ses biens relève heureusement de l'hypothèse d'école. En effet, si les biens affectés à la création d'une fondation non personnalisée devaient disparaître du fait de la réduction, l'organisme destinataire n'accepterait vraisemblablement pas le legs dont il est gratifié. De plus, lorsque l'organisme destinataire sera un établissement public ou privé soumis à la tutelle étatique pour l'acceptation de la libéralité, l'autorisation administrative d'accepter la libéralité lui sera probablement refusée si la libéralité devait être entièrement réduite³.

De la même façon, si les biens affectés à la création d'une fondation autonome devaient être réduits en totalité, la reconnaissance d'utilité publique ne serait vraisemblablement pas accordée à l'œuvre d'intérêt général.

387. Pour favoriser l'essor des fondations entravé par les règles de réduction des libéralités, un courant doctrinal a envisagé l'aménagement de la réserve successorale lorsque le testateur projette de disposer de sa fortune en faveur d'une œuvre d'intérêt général. Sans entrer dans le débat sur l'opportunité du maintien de la réserve successorale qui dépasse largement le cadre de notre étude⁴, il s'agit simplement de déterminer si une

¹ Si la charge a été stipulée au profit d'un tiers, la libéralité constitue une donation indirecte qui doit figurer à la masse de calcul : en ce sens, M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 735 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, les libéralités*, *op. cit.*, n° 997 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, *op. cit.*, n° 917, note 5.

² En ce sens, M. Bouyssou, *thèse préc.*, n° 131.

³ D'ailleurs, rappelons que la brochure publiée par le ministère de l'intérieur exige, comme pièces à produire pour l'obtention de l'autorisation administrative d'accepter, une attestation prouvant que la donation ne portera pas atteinte à la réserve.

⁴ Sur ce sujet, cf. 72^{ème} Congrès des Notaires de France, *La dévolution successorale*, Deauville 1975, p. 317 et s. ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 284 et s. ; I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en*

réforme de la réserve successorale s'avère nécessaire afin de favoriser les libéralités à but social.

388. La réforme de la réserve successorale peut revêtir des formes diverses. Dans sa forme la plus absolue, elle propose de soustraire à la réduction les libéralités faites aux fins de création de fondations (A). Plus modestement, il peut s'agir d'aménager les modalités de réduction des libéralités aux fins de création de fondations qui excèdent la réserve successorale (B).

A- Examen de la proposition de soustraire les libéralités aux fins de création de fondations aux règles de la réduction.

389. Lorsque la libéralité est faite aux fins de créer une fondation d'utilité publique, elle devrait, selon un auteur très averti¹, échapper aux règles de la réserve successorale et de la quotité disponible.

390. L'institution de la réserve est l'expression de la défense de la famille, soit en contribuant à la cohésion du patrimoine familial, soit en manifestant le devoir d'assistance économique qui doit exister entre proches parents². Elle est par ailleurs un moyen de protection de la liberté individuelle de l'héritier contre une magistrature familiale trop pressante³ ainsi que l'instrument du maintien de l'égalité successorale entre cohéritiers⁴.

391. Le devoir d'assistance économique entre proches parents doit-il disparaître devant l'intérêt général que représentent les fondations ? C'est là un choix de société. Tout au plus est-il loisible de remarquer qu'en laissant les proches parents du disposant dans le besoin,

droits français et grec comparés, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 275, 1997, préface P. Catala, n° 27 et s. Notons que pour M^{elle} Kondyli (thèse préc., p. 12-13) une loi supprimant la réserve successorale violerait la Constitution, la famille étant protégée constitutionnellement ; plus réservés, v. F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 8-1.

¹ M. Pomey, traité préc., p. 259.

² En ce sens, M. Grimaldi, op. cit., n° 284. Cf. également, I. Kondyli, thèse préc., n° 85 et s., qui démontre que les critiques actuelles dirigées contre la réserve successorale qui tendent à faire passer la réserve pour une institution dépassée du fait des données démographiques, de l'intervention de l'Etat-providence et de l'existence d'autres techniques juridiques de protection de la famille (comme l'assurance-vie) ne sont pas fondées.

³ En ce sens, M. Grimaldi, op. cit., n° 285 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 622 ; Y. Flour, Libéralités et libertés, Libéralités et personnes physiques, Rép. Déf. 1995, art. 36142, n° 6.

⁴ En ce sens, M. Grimaldi, op. cit., n° 286 ; H.L.J. Mazeaud, tome 4, vol. 2, par L. Leveneur et S. Leveneur, op. cit., n° 862.

l'intérêt général n'en sort pas vainqueur. Car, si l'on sacrifie à l'autel de l'intérêt général les proches parents du disposant, le risque existe que ces derniers se retrouvent à la charge de la société. A cela s'ajoute le fait qu'à l'heure actuelle, la majorité des Français semble attachée au maintien de la réserve successorale¹.

La réforme de la réserve successorale au profit *des seules fondations* apparaît, en outre, injustifiée, la réserve ne pouvant « voir son existence dépendre du seul choix de l'auteur quant à la personne de son successeur »². Une telle discrimination serait d'ailleurs source de graves incohérences³.

Il n'y aurait, en outre, aucune raison de ne pas étendre aux associations reconnues d'utilité publique la faveur ainsi reconnue aux fondations puisque ces organismes constituent, tous deux, des établissements d'utilité publique⁴. Bien plus, il est fort à prévoir que les établissements publics et autres personnes morales de droit public, se réclamant du même intérêt général, revendiqueraient - et obtiendraient - le même privilège. Si tel était le cas, la réserve serait dénaturée⁵.

392. La réforme de la réserve successorale pourrait également avoir une portée plus limitée et consister à soustraire les tiers bénéficiaires de l'activité de la fondation à l'action en réduction des libéralités dépassant la quotité disponible⁶. La portée de cette proposition appelle d'emblée une précision. Lorsqu'il est fait état de la soustraction des tiers bénéficiaires à l'action en réduction, il n'est assurément question que des fondations réalisées par libéralité avec charge : les tiers bénéficiaires de l'activité d'une personne morale ne sont pas liés juridiquement au fondateur et n'entretiennent des rapports juridiques qu'avec la fondation reconnue d'utilité publique. De plus, la suggestion ne vise évidemment pas l'hypothèse où l'affectation de biens est conforme aux attributions de l'accipiens, car l'acte de fondation réalise dans ce cas une libéralité avec charge dans

¹ 92^{ème} Congrès des Notaires de France, 3^{ème} Commission, rapporteur Richard Crone, op. cit., p. 541 ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 8-1.

² 92^{ème} Congrès des Notaires de France, 3^{ème} Commission, rapporteur Richard Crone, op. cit., p. 541.

³ En ce sens, M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Rép. Déf. 1991, article 35085, n° 26, qui s'exprimait à propos de la fiducie.

⁴ En ce sens, 92^{ème} Congrès des Notaires de France, op. cit., p. 542.

⁵ Ibid, p. 542.

⁶ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 84 et s.

l'intérêt de l'accipiens auquel les héritiers réservataires pourront réclamer la fraction des biens excédant la quotité disponible.

En revanche, lorsque l'acte de fondation s'analyse en un contrat à titre onéreux, c'est-à-dire dans l'hypothèse de non conformité entre l'affectation d'intérêt général stipulée par le fondateur et les attributions de l'accipiens, les tiers bénéficiaires de l'œuvre sont seuls gratifiés et, par conséquent, eux-seuls seront tenus de restituer aux héritiers réservataires la portion des biens reçus dépassant la quotité disponible, à condition, bien entendu, que les tiers aient effectivement bénéficié de revenus des biens donnés et pas simplement de services, car « la réduction qui doit s'opérer en nature est exclue toutes les fois que les tiers ont bénéficié de services insusceptibles d'être restitués »¹.

La finalité d'intérêt général des fondations justifie, selon l'auteur de cette suggestion, la soustraction des tiers bénéficiaires à l'action en réduction. Ainsi, selon lui, « la fondation est une charge particulière »² dans laquelle « le but social prime la personnalité individuelle des personnes qui en profiteront »³. Et l'auteur de conclure que « la finalité sociale de l'acte de fonder s'oppose à ce que l'on retire aux destinataires de l'œuvre le profit qu'ils en ont retiré. Passé au service du bien commun, le capital affecté doit être soustrait à toute emprise égoïste et privée »⁴.

393. Une telle opinion méconnaît le fait qu'il ne peut être fait exception aux règles de réduction des libéralités sans texte exprès. La réserve est, en effet, une institution d'ordre public qui ne saurait être supprimée sans disposition législative expresse. A supposer même que cela soit possible, une telle théorie engendrerait une inégalité inacceptable dans le traitement des héritiers réservataires selon que l'affectation est ou non conforme aux attributions de l'accipiens⁵. En effet, l'acte de fondation, du moins entre vifs, n'échapperait à la réduction que lorsque le fondateur s'est adressé à une personne morale dont les attributions ne correspondent pas à l'affectation stipulée.

¹ H. Souleau, thèse préc., n° 86.

² Ibid., n° 84.

³ Ibid., n° 85.

⁴ Ibid., n° 86.

⁵ Contra, H. Souleau, thèse préc., n° 86 : pour cet auteur, cette inégalité est tolérable, car en pratique l'autorisation administrative d'accepter la libéralité ne sera pas accordée à la personne morale dont les attributions ne correspondent pas à l'affectation stipulée. Il n'est reste pas moins qu'il paraît anormal de faire dépendre le traitement des héritiers réservataires de la méconnaissance par le testateur de l'étendue des compétences de l'établissement légataire.

394. Est-il possible d'envisager, plus modestement, la réforme du *taux* de la réserve ? A l'occasion de la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi de 1987 sur le développement du mécénat, la proposition fut examinée par le législateur.

Considérant que la réserve successorale expliquait le faible nombre des fondations françaises, le Sénat proposa en effet de permettre aux testateurs de disposer au-delà de la quotité disponible pour les legs effectués à des fondations reconnues d'utilité publique dans les successions supérieures à 10 millions de francs.

Comme le projet de loi ne souhaitait pas que les héritiers réservataires du testateur soient dépouillés, il fut prévu que la réserve successorale ne pourrait être d'un montant inférieur à

7 500 000 francs lorsque la réserve aurait dû être égale aux trois quart des biens du testateur, à 6 666 000 francs lorsque la réserve aurait dû être égale à deux tiers des biens du testateur et à cinq millions lorsque la réserve successorale aurait dû être égale à la moitié des biens du testateur.

Si la proposition n'a finalement pas été retenue, ce n'est pas en raison du caractère d'ordre public de la réserve successorale¹, mais parce qu'il ne fut pas considéré de bon aloi de modifier le régime général du droit successoral à l'occasion d'une réforme de ce genre². Pourtant, c'est à l'occasion de la loi sur le développement sur le mécénat - donc d'une réforme partielle - que le législateur a entrepris d'aménager les modalités de réduction pour les legs de biens à caractère culturel faits à l'Etat. Il convient dès lors d'apprécier l'opportunité d'étendre aux fondations le bénéfice de cette disposition.

B- Examen de la proposition de modification des modalités de réduction des libéralités aux fins de création de fondations excédant la quotité disponible.

395. Les libéralités (donations ou legs) adressées à des non-successibles sont réductibles en nature lorsqu'ils dépassent la quotité disponible, car la réduction tend alors « à assurer le retour de certains biens dans la famille ou à en prévenir la sortie »³. Le

¹ Cf. cependant, rapport n° 1368 fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale par M^{me} H. Mignon, op. cit., p. 41.

² Cf. l'intervention du Ministre de la culture, de la communication et des grands travaux et du Bicentenaire, séance de l'Assemblée nationale du 28 mai 1990, J.O 1990, Débats, p. 1695.

³ M. Grimaldi, op. cit., n° 788.

résultat peut être désastreux lorsque la libéralité porte sur des biens à caractère culturel puisqu'il conduit à en priver - en partie ou totalement - la fondation.

Lorsqu'un legs de cette nature est adressé à l'Etat, le législateur a trouvé la parade en substituant à la réduction en nature une réduction en valeur du legs.

396. La loi du 23 juillet 1987 sur le mécénat énonce ainsi, en son article 23, que « lorsque la valeur d'un legs fait à l'Etat et portant sur un bien qui présente pour le patrimoine historique, artistique ou culturel de la nation excède la quotité disponible, l'Etat peut, quel que soit cet excédent, réclamer en totalité le bien légué, sauf à récompenser préalablement les héritiers en argent »¹. On² a pu, avec justesse, faire remarquer les difficultés d'application de ce texte (et les risques d'arbitraire qui leur sont inhérents) puisque les notions d'intérêt historique, artistique ou culturel de la nation ont un contenu large. En outre, l'extension de cette faveur aux fondations se consacrant à la sauvegarde du patrimoine artistique ou culturel local ou national n'est guère souhaitable puisqu'elle aboutirait à leur accorder un privilège injustifié.

Pas plus que la suppression ou la réduction du taux de la réserve, l'aménagement des modalités de réduction des libéralités aux fins de création de fondations ne semble dès lors pouvoir être retenu. Si la réserve successorale doit être maintenue en l'état, il n'en est pas de même de la pratique administrative de la réserve administrative.

Paragraphe II- La « réserve administrative », limite administrative à la liberté de fonder.

397. La réserve administrative est, nous le savons, une pratique d'origine administrative qui consiste à attribuer une partie du legs adressé à des établissements publics ou d'utilité publique aux héritiers du testateur³. Le cercle des bénéficiaires de cette pratique administrative est plus large que celui des bénéficiaires de la réserve successorale. La pratique de la réduction administrative est en effet le moyen pour l'autorité administrative d'étendre le nombre des bénéficiaires de la réserve successorale.

¹ Selon les travaux préparatoires de cette loi (avis n° 237 présenté au nom de la commission des affaires culturelles par M. Miroudot, J.O 1986-1987, Sénat, Doc., p. 26), « cette mesure évitera la dispersion des collections et du mobilier des immeubles classés qui était la résultante d'une compensation en nature pratiquée à l'heure actuelle ».

² M. Grimaldi, op. cit., n° 788.

³ Cf. supra, n° 163.

398. Il reste que la réduction administrative contrevient aux principes applicables aux successions testamentaires en ce qu'elle permet aux pouvoirs publics de régler, aux lieu et place du testateur, la succession du *de cuius*. Ainsi, les héritiers écartés par la manifestation expresse de volonté du testateur pourraient, néanmoins, se voir attribuer une partie du legs.

399. En outre, les raisons avancées pour justifier la réserve administrative semblent à l'heure actuelle bien dépassées¹. La réserve administrative s'expliquait à une époque où aucune protection sociale n'était organisée et où le devoir d'assistance économique à l'intérieur des familles suppléait l'absence de la solidarité sociale. Le concept d'Etat-providence a modifié les données en instituant des systèmes de solidarité nationale garantissant à l'individu une certaine sécurité économique, par le biais notamment de la sécurité sociale et de l'aide sociale. Ainsi, la généralisation de la sécurité sociale protège l'individu contre les risques maladie et d'invalidité. Les prestations familiales allègent par ailleurs le poids des charges familiales.

Le maintien de la réserve administrative est d'autant plus contestable que la famille protégée par cette pratique dépasse largement le cercle des proches parents. Or, la solidarité familiale entre parents éloignés est mal acceptée dans une société caractérisée par un phénomène de rétrécissement de la famille². C'est en effet la famille-foyer composée du couple et des enfants vivant au foyer qui tend à devenir la structure familiale de référence.

400. On ne peut alors que s'étonner que le législateur n'ait pas profité de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat pour mettre un terme à la pratique de la réserve administrative³. Non pas que l'idée ne l'ait pas effleuré, mais tout en reconnaissant

¹ En ce sens, M. Weber, Désir d'éternité, nécessité de subsides ou la réserve administrative, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 65 et s.

² Les causes de ce phénomène sont d'ordre économique et social : elles tiennent pour l'essentiel à la dispersion du groupe familial du fait de la mobilité sociale et de l'exode rural.

³ Le Congrès des Notaires a émis un vœu en faveur de la suppression de la réserve administrative : cf. 92^{ème} Congrès des notaires de France, Compte-rendu des travaux des commissions, p. 133. Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 70. Le Conseil d'Etat propose uniquement de supprimer l'actuelle procédure de recherche et d'interpellation des héritiers et de renforcer les exigences de publicité du legs.

le caractère injustifié de la réserve administrative, il a jugé son intervention inutile en raison du faible nombre de cas concernés par la pratique administrative¹.

401. Si l'acte de fondation est assujetti à la réserve successorale, c'est dans la mesure où il représente un acte libéral. Le traitement juridique des biens affectés est en revanche indépendant de la nature juridique de l'acte de fondation.

SECTION III- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET TRAITEMENT JURIDIQUE DES BIENS AFFECTES.

402. Les biens affectés à la satisfaction de l'œuvre d'intérêt général sont soumis à un traitement juridique particulier. Le mode d'utilisation des biens (paragraphe I) comme la nature des biens susceptibles d'être affectés demandent à être appréciés (paragraphe II). La finalité d'intérêt général génère par ailleurs un traitement fiscal de faveur qui mérite d'être évalué (paragraphe III).

Paragraphe I- De l'opportunité du maintien du procédé d'affectation de biens par capitalisation.

403. La technique d'affectation consiste actuellement à exiger le transfert *ab initio* d'un capital (la dotation) dont les revenus seront affectés au fonctionnement de l'œuvre voire à sa création. Ce procédé d'affectation par capitalisation régit les fondations non personnalisées comme les fondations reconnues d'utilité publique. Mais, c'est surtout à l'égard de la dotation initiale de la fondation reconnue d'utilité publique que les principales critiques se sont portées : son montant excessif (cinq millions de francs) lui est d'abord reproché. Pourtant, en pratique, cette somme est à peine suffisante pour faire fonctionner l'œuvre. Ainsi, selon un membre du bureau des groupements et associations du Ministère de l'Intérieur, les revenus de la dotation (300 000 Francs par an) permettent « de louer un

¹ La question a été posée à l'occasion de la discussion de la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi du 23 juillet 1987 : rapport n° 213 de M. Laffitte fait au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat, op. cit., p. 24.

local, de payer le minimum de personnel indispensable et laissent finalement peu de moyens disponibles pour remplir l'objet statutaire »¹.

404. Ensuite, c'est le principe même du transfert *ab initio* d'un capital qui est discuté comme étant inadapté à la structure financière et patrimoniale actuelle et, au surplus, irréaliste, car l'inévitable dépréciation monétaire le condamne à disparaître. Aussi est-il proposé de lui substituer des promesses de versements périodiques de la part des fondateurs². Cette proposition ne vaut évidemment que pour la création de fondations par actes entre vifs puisque le fondateur ne pourrait valablement imposer, par testament, une obligation perpétuelle à ses héritiers.

405. Les deux systèmes de financement de la fondation (procédé de capitalisation et engagements de versements) ne sont du reste pas exclusifs l'un de l'autre. Une combinaison est tout à fait possible : la fondation d'entreprise fonctionne selon ce modèle. Nous savons, en effet, que la fondation d'entreprise est financée à la fois par un capital productif de revenus et par des promesses de versements des entreprises fondatrices³.

A cet égard, il n'est pas inintéressant de relever la manière dont le législateur a justifié le maintien de la dotation initiale pour les fondations d'entreprise. Selon lui, « la fondation étant un groupement de biens, il était...difficilement envisageable de concevoir le principe d'une fondation sans dotation initiale »⁴. Cette opinion rejoint celle qui refuse de faire de la fondation un simple projet généreux, préférant l'analyser en des fonds préexistants mobilisés en vue de la poursuite d'une mission d'intérêt général. Si l'on voit, en effet, dans la personne morale-fondation la personnification d'un groupement de biens, il est difficile d'échapper à la conclusion que l'existence d'un capital productif de revenus est de l'essence de la fondation. Mais nous avons déjà rejeté cette définition de la fondation-personne morale en préférant y voir la personnification d'un but auxquels des biens sont affectés.

406. A la vérité, la substitution d'engagements de versements à un capital initial n'est pas incompatible avec l'existence d'une affectation de biens. Il y a encore affectation de biens en ce sens que des sommes d'argent seront employées à un usage particulier c'est-à-

¹ Propos tenus par M. Chavanne et relatés in *Les fondations, un mécénat pour notre temps*, op. cit., p. 34.

² Cf. par ex., 92^{ème} Congrès des Notaires, op. cit., p. 543-544.

³ Cf. *supra*, n° 341 et s.

⁴ H. Mignon, rapport n° 1368 fait au nom la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, op. cit., p. 49.

dire à la mise en place et au fonctionnement du service d'intérêt général. Il n'empêche que cette technique d'affectation diffère de celle consistant en un capital initial en ce que les biens ne sont pas *globalement et indéfiniment* affectés à la création et au fonctionnement du service d'intérêt général mais sont *périodiquement* (le plus souvent, annuellement) affectés aux charges de fonctionnement de la fondation. Comme ce n'est plus un capital qui est affecté à l'œuvre d'intérêt général mais seulement des ressources, le régime d'utilisation des biens s'en ressentira : ainsi, les biens ne seront pas frappés d'inaliénabilité mais seront consommés au fur et à mesure qu'ils seront mis à la disposition de l'œuvre.

407. S'il y a là indubitablement un facteur de simplicité, ce procédé ne peut toutefois espérer convaincre que s'il permet d'atteindre le but recherché c'est-à-dire la pérennité de l'affectation. A l'étude, il apparaît que la pérennité de l'œuvre d'intérêt général est pour diverses raisons inconciliable avec l'affectation périodique de ressources. Ainsi, on peut douter de la validité d'un engagement perpétuel souscrit par une personne physique, car un tel engagement contreviendrait à la prohibition des engagements perpétuels. Par ailleurs, s'il s'agit d'une personne morale, on a quelques difficultés à imaginer qu'elle accepte de se grever d'une obligation perpétuelle. Enfin, dans la mesure où le service d'intérêt général est entièrement dépendant financièrement de son fondateur, la pérennité de l'œuvre d'intérêt général peut se trouver gravement menacée par les faits d'inexécution du fondateur¹.

Cette considération explique que ce mode de financement n'est pratiqué que lorsque le service d'intérêt général doit fonctionner pendant une durée déterminée (c'est-à-dire à l'heure actuelle pour les fondations d'entreprise). Et dans la mesure où les engagements de versements sont compatibles avec le concept d'affectation, il est permis de se demander si la dotation initiale de la fondation d'entreprise est encore justifiée. Si elle a seulement pour but de respecter l'affectation de biens inhérente au concept de fondation, la dotation initiale ne s'impose pas puisque engagements de versements et affectation de biens se concilient parfaitement. Perçue comme une garantie de sérieux de l'engagement des fondateurs, la dotation initiale ne se justifie pas davantage puisque le versement des sommes promises au titre du programme d'action pluriannuel est garanti par un

¹ En ce sens, M. Pomey, Le régime juridique, financier, fiscal des fondations en France, Vie sociale 1966, p. 463 et s. et spéc., p. 470.

cautionnement bancaire. Il nous faut donc conclure à l'inutilité de fournir un capital initial lorsque le service d'intérêt général est à durée déterminée¹.

408. Le maintien de la dotation initiale est en revanche indispensable à la réalisation du service d'intérêt à caractère pérenne. Le procédé de capitalisation pourrait néanmoins être assoupli.

409. Pour ce faire, le Conseil d'Etat, constatant que le montant minimum de cinq millions de francs de la dotation initiale est à la fois inadapté aux fondations dont l'objet est local ou limité, car il représente, pour elles, une somme trop importante et aux fondations à taille nationale ou internationale puisque, pour ces dernières, il est insuffisant, propose de lui substituer le concept plus dynamique de *dotation productive de revenus suffisants*². Le montant de la dotation initiale serait alors calculé, au cas par cas, en fonction de l'objet de la fondation projetée.

410. Dans la mesure où la technique d'affectation repose, en principe, sur un capital productif de revenus, il est nécessaire d'apprécier la nature des biens susceptibles d'être affectés.

Paragraphe II- La nature des biens susceptibles d'être affectés : éléments d'appréciation.

411. Parmi les biens susceptibles d'être affectés, seuls doivent nous retenir ici ceux dont l'affectation est discutable. Pour les fondations reconnues d'utilité publique, on se souvient que le Conseil d'Etat refuse qu'un fonds industriel et commercial ou que la majorité des parts sociales d'une entreprise fassent partie de la dotation initiale d'une fondation reconnue d'utilité publique. L'impossibilité pour une fondation reconnue d'utilité publique de posséder un fonds industriel, artisanal ou commercial s'explique par la finalité non lucrative des fondations et rejoint la question plus générale de la licéité de l'exercice d'une activité économique par les fondations, que nous étudierons le moment venu³.

412. La situation est différente lorsqu'il s'agit pour une fondation de détenir des parts sociales, car dans ce cas, la fondation n'exerce aucune activité économique par elle-même.

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 125.

² Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 29.

³ Cf. infra, n° 736 et s.

La neutralité des parts sociales - tout au moins si elles ne confèrent pas aux associés le titre de commerçant - est compatible avec le caractère non lucratif des fondations. La pratique administrative du Conseil d'Etat ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce qu'une *minorité* du capital social soit détenue par une fondation reconnue d'utilité publique.

Il n'existe pas, dans la loi de 1987 modifiée, de disposition similaire pour les fondations d'entreprise¹. On peut néanmoins penser que les entreprises ne sont pas libres pour autant d'affecter, à titre de dotation initiale, la majorité des actions des sociétés fondatrices ; il est probable que l'autorité préfectorale, y voyant une atteinte au caractère non-lucratif de la fondation d'entreprise, refuserait d'en autoriser la création.

413. Sur la question de savoir s'il convient ou non d'assouplir le système actuel pour permettre aux fondations de détenir la majorité des parts sociales d'une société civile ou commerciale, les opinions sont partagées. Certains ont pu y voir une solution aux difficultés de transmission rencontrées par les chefs d'entreprise sans héritiers et, de ce fait, recommander l'adoption de règles précisant le pourcentage d'actions pouvant être détenu par une fondation ainsi que la durée de détention de ces actions².

414. Il a été, dans le même sens, récemment proposé de tolérer d'autoriser une fondation à détenir la majorité des parts sociales d'une entreprise³. Cette faveur est toutefois assortie par ses promoteurs de conditions strictes, car elle est génératrice de risques pour la fondation. En effet, la dotation doit fournir à la fondation des ressources stables et régulières que ne garantissent pas l'exercice d'une activité économique. Aussi, afin d'éviter que la pérennité de la fondation ne soit compromise par la détention d'actifs à risque de ce type, les parts sociales ne pourraient représenter qu'un pourcentage minoritaire de la dotation. En outre, la nécessité d'éviter les manœuvres d'auto-contrôle devrait conduire à étendre aux fondations reconnues d'utilité publique la disposition interdisant aux fondations d'entreprise d'exercer les droits de vote attachés aux actions des sociétés fondatrices ou des sociétés contrôlées par elles qu'elles détiennent. Ces règles

¹ Il est, toutefois, précisé, sans que la proportion des actions ou parts sociales ne soit indiquée, que la fondation d'entreprise peut détenir des valeurs mobilières au titre de sa dotation initiale à condition que celles-ci soient placées en titres nominatifs (article 19-3 de la loi du 23 juillet 1987).

² V. G. Courtois, Les fondations et la société française, in *Le Droit des fondations en France et à l'étranger*, op. cit., p. 38. Cet auteur reconnaît néanmoins que l'objet d'une fondation n'est pas d'assurer la pérennité d'une fondation.

³ V. Conseil d'Etat, *Rendre le droit des fondations plus attractif*, op. cit., p. 31.

sont de nature à garantir la pérennité de l'affectation et, pour cette raison, peuvent être approuvées.

415. Si ces modifications devaient être adoptées, elles seraient sans incidence sur le traitement fiscal des biens affectés lequel est, en principe, indépendant de leur nature.

Paragraphe III- Appréciation du traitement fiscal des biens affectés.

416. Le traitement fiscal des biens affectés peut être appréhendé sous deux angles : celui des droits d'enregistrement auxquels sont assujettis les organismes récipiendaires et celui des incitations fiscales au mécénat. Le régime applicable aux droits d'enregistrement nous semble satisfaisant dans la mesure où les organismes récipiendaires bénéficient, sinon d'une exonération des droits, du moins d'impositions à taux réduit. En revanche, le régime d'aide fiscale au mécénat gagnerait, sinon à être revu, du moins à être simplifié.

417. Sur ce sujet, un rapport récent portant sur le mécénat et établi à la demande du ministre de la Culture¹ pourrait nous servir de base de réflexion.

Les propositions de ce rapport, dont certaines ont été consacrées par la loi déjà évoquée du 24 juin 1996, ont trait aux organismes bénéficiaires, au taux de déduction et aux plafonds de déduction.

418. En ce qui concerne les organismes d'intérêt général couverts par les articles 200 et 238 bis du Code général des impôts, l'auteur du rapport propose que le critère d'intérêt général retenu par l'Administration fiscale qui se calque sur celui gouvernant l'assujettissement des associations à l'impôt sur les sociétés soit dissocié de celui de non-lucrativité². Cette suggestion a été en partie suivie d'effet dans la mesure où les dons font bénéficier, sous certaines conditions, leurs auteurs de déduction ou de réduction d'impôt même lorsque la fondation poursuit une activité lucrative³. Il ne paraît cependant pas souhaitable d'aller plus loin et de conférer automatiquement aux établissements reconnus d'utilité publique le bénéfice des articles 200 et 238 bis du C.G.I.⁴.

¹ A. Grange-Cabane, rapport précité.

² Plus modestement, il est également proposé d'instituer au bénéfice du donateur une présomption légale de déductibilité : celle-ci consiste à présumer que l'organisme bénéficiaire des dons est d'intérêt général dès lors que l'organisme bénéficiaire n'a pas été au cours des deux dernières années assujéti à l'impôt sur les sociétés.

³ Cf. supra, n° 90.

⁴ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 102.

419. Dans un souci de simplification de la fiscalité, l'auteur du rapport propose, par ailleurs, de supprimer le dispositif particulier instituant en faveur des donateurs une réduction supplémentaire d'impôt sur le revenu pour les dons adressés à des organismes sans but lucratif procédant à la fourniture gratuite de repas à des personnes en difficulté ou contribuant à favoriser leur logement. En cela, il n'a pas été suivi par le législateur de 1996, qui non seulement a maintenu l'avantage supplémentaire accordé à cette cause, mais a, en outre, élargi le bénéfice de ce dispositif aux établissements procédant à titre principal à la fourniture gratuite de soins. Sa proposition de donner aux contribuables¹ le choix entre opérer la déduction des dons de leur revenu imposable ou procéder à la réduction d'impôt n'a pas davantage été retenue. Elle avait pourtant pour but de ne pas pénaliser ceux que la règle de défiscalisation défavorisait c'est-à-dire ceux dont le taux d'imposition marginal est supérieur à 40 % (les gros contribuables).

420. Toujours afin de favoriser le mécénat, l'auteur du rapport se prononce en faveur de la dissociation des plafonds de déduction ou de réduction d'impôt (qui diffèrent selon la qualité de l'organisme d'intérêt général) de manière à ce qu'ils s'appliquent séparément. Ainsi, les particuliers les plus généreux pourraient voir leurs dons retenus jusqu'à 7,75 % de leur revenu imposable (au lieu de 6 %) et les entreprises pourraient déduire leurs dons dans la limite de 5,5 pour mille de leur chiffre d'affaires. On est en droit de penser que si la suggestion n'a pas été retenue par le législateur, c'est en raison du coût fiscal de l'opération. Ainsi, le coût des nouvelles dispositions de la loi du 24 juin 1996 a-t-il été estimé par le ministre du budget à 600 millions de francs². Le Conseil d'Etat estime, lui aussi, qu'il n'y a pas lieu d'aller plus loin et redoute qu'un recours accru à la générosité publique ne soit générateur de dérives dues à la « spectacularisation » du mécénat³.

421. Doit-on, en revanche, accroître le régime de déductibilité fiscale des dons des entreprises et en particulier celui des versements des entreprises correspondant au programme d'action pluriannuel de la fondation d'entreprise ?

422. Dans l'optique de favoriser la création de fondations par les entreprises, les dépenses engagées par les entreprises dans le cadre de leur fondation d'entreprise

¹ V. A. Grange-Cabane, rapport préc., p. 86.

² V. Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 103.

³ Ibid.

pourraient ne pas être prises en compte dans le plafond de 2,25 pour mille, qui limite la déduction des versements faits par les entreprises à des œuvres d'intérêt général.

423. L'auteur du rapport suggère par ailleurs que les entreprises fondatrices disposent d'une option entre déduire leurs dépenses au titre de l'article 39-1-7° du C.G.I c'est-à-dire en tant que charge d'exploitation et les déduire au titre de l'article 238 bis 1 du C.G.I (ce qui est le système retenu actuellement). De cette manière, les entreprises ne seraient plus pénalisées par le plafonnement institué par l'article 238 bis 1 du C.G.I. Cette proposition ne nous paraît pas judicieuse, car elle accrédite l'idée que l'entreprise pourrait, par le biais d'une fondation d'entreprise, réaliser des actions de parrainage c'est-à-dire des actions de publicité déguisée¹. Ce faisant, un des éléments constitutifs de la notion de fondation c'est-à-dire le caractère d'intérêt général de l'œuvre s'en trouverait dénaturé.

424. C'est en considération de ce même intérêt général que le contrôle administratif préalable à la création de fondation doit être apprécié.

SECTION IV- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE A LA CREATION DE FONDATIONS.

425. Les inconvénients du contrôle administratif préalable (sous section I) conduisent à s'interroger sur l'opportunité de maintenir le contrôle administratif préalable pesant sur les fondations autonomes. Il est nécessaire, pour ce faire, d'examiner les raisons qui motivent le contrôle administratif préalable à la création de fondations (sous section II). Nous serons ainsi en mesure d'apporter des propositions d'améliorations du dispositif actuel (sous section III).

¹ Rappr. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 127, qui fait valoir que l'existence d'une option entre le régime de déduction des dépenses de mécénat et celui des dépenses de parrainage signifierait que les fondations n'ont pas nécessairement un caractère désintéressé.

SOUS-SECTION I- LES INCONVENIENTS DU CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE.

426. L'existence d'un contrôle administratif préalable a été dénoncée par les praticiens comme un obstacle à l'essor des fondations, qu'il s'agisse des fondations d'entreprise ou des fondations reconnues d'utilité publique.

427. C'est d'abord la lenteur de la procédure de la reconnaissance d'utilité publique qui est dénoncée. Ainsi, selon le récent rapport établi par le Conseil d'Etat, parmi les fondations créées depuis le 1^{er} janvier 1992, seulement 24 % des fondations ont vu le jour en moins d'un an¹. En moyenne, le délai de constitution des fondations est de l'ordre d'un an. La longueur de la procédure de reconnaissance d'utilité publique est imputable à la consultation des différents ministères pour l'instruction des demandes². Lorsqu'il s'agit de fondations post-mortem, elle est également due à la nécessité de consulter les héritiers du fondateur pour recueillir leur consentement à l'exécution de la libéralité ou leurs moyens d'opposition dans le cadre de la procédure d'autorisation administrative de la libéralité constitutive de la dotation.

Cette lenteur de l'autorité administrative n'est pas sans présenter d'inconvénients pour l'acte de fondation. Rappelons pour mémoire qu'il existe un risque que la situation du fondateur évolue depuis le jour où celui-ci a présenté son dossier à l'autorité administrative et qu'en outre, lorsque l'acte de fondation se coule dans le moule du legs, le règlement définitif de la succession est suspendu à la décision administrative qui décidera du sort définitif des biens légués à la fondation à créer.

428. Le caractère régalien de l'autorisation administrative favorise, ensuite, l'impression de flou et d'arbitraire³. Cette impression est renforcée par l'absence

¹ Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 37. Ce même rapport (op. cit., p. 37) précise que 36% des fondations ont été créées en 12 à 18 mois, 28 % en 18 à 24 mois et 12 % en plus de deux ans.

² Ainsi le rapport relève que 80 % des demandes sont examinées par le ministre de l'Intérieur en moins de trois mois, 82 % des demandes le sont par le Conseil d'Etat en moins de trois mois. Pour 82 % des projets, le décret de reconnaissance est signé en moins de trois mois par le ministre de l'intérieur puis par le premier ministre. Le rapport en conclut que « si chacun de ces délais, pris isolément, peut paraître raisonnable, leur addition conduit déjà à un délai total excessif » (op. cit., p. 37). Le rapport note, par ailleurs, que la phase de consultation des ministères techniques s'avère la plus longue (36 % des demandes sont examinées entre trois et six mois).

³ Ainsi, on a pu qualifier la reconnaissance d'utilité publique concédée par le gouvernement à un établissement de « haute faveur » (D. Linotte, Recherches sur la notion d'intérêt général en droit

d'information sur les conditions de reconnaissance d'utilité publique, qui s'explique par le défaut de texte écrit en la matière et la confidentialité des avis rendus par le Conseil d'Etat.

429. Eu égard à l'importance de ces inconvénients, le contrôle administratif préalable demande à être justifié.

SOUS-SECTION II- LES JUSTIFICATIONS DU CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE.

430. La question de l'opportunité du maintien du régime d'autorisation préalable des fondations (paragraphe II) ne se pose que si la légalité de ce régime est établi (paragraphe I).

Paragraphe I- La légalité de la soumission des fondations à un contrôle administratif préalable.

431. Certains auteurs ont fait du droit de fonder une liberté individuelle. Ainsi, d'aucuns¹ reconnaissent dans le droit de fonder une liberté à caractère politique, la liberté de l'individu face à l'Etat. D'autres auteurs fondent cette liberté sur le droit de propriété dans la mesure où la liberté de fonder leur apparaît comme « un des modes d'exercice du droit de propriété »².

432. On perçoit sans difficulté où se trouve l'intérêt d'une telle analyse : il est de rendre illégale la soumission des fondations à un régime d'autorisation préalable.

Le législateur a, en effet, compétence exclusive pour subordonner une liberté à une autorisation préalable. En l'absence de loi, l'autorité administrative ne peut pas, de sa propre autorité, édicter un régime d'autorisation préalable³. S'agissant des fondations, l'argument avancé par certains⁴ pouvait avoir quelque valeur avant 1987 puisque le

administratif français, thèse Bordeaux, dactyl., 1975, p. 321).

¹ V. par ex., M. Hauriou, Précis de droit administratif, 5^{ème} éd., Sirey, 1943, p. 29.

² M. de Vareilles-Sommières, Les personnes morales, op. cit., n° 1418 et 1450.

³ Cf. Conseil d'Etat, Ass., 22 juin 1951, Daudignac in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 11^{ème} éd., 1996, p. 454 et D. 1951, J., 589, conclusions Gazier, note J.C. V. également, B. Tricot, L'agrément administratif des institutions privées, D. 1948, chr., p. 25 et s. et spéc., p. 26.

⁴ J.C Ricci, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, op. cit., p. 109 et s. et spéc., p. 116.

régime d'autorisation administrative préalable n'était prévu par aucun texte. La loi du 23 juillet 1987 en consacrant la pratique administrative de l'autorisation préalable rend la critique inopérante¹.

433. Plus sérieux est l'argument tiré de l'impossibilité pour le législateur de soumettre l'exercice d'une liberté à un régime d'autorisation préalable. En effet, le choix de soumettre l'exercice d'une liberté à une autorisation préalable, qui plus est une autorisation discrétionnaire, apparaît comme la négation même de cette liberté. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a, pour certaines libertés, prohibé le régime d'autorisation préalable. Ainsi, la loi votée le 30 juin 1971 qui modifiait la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association fut déclarée inconstitutionnelle en ce qu'elle soumettait la liberté de s'associer à une autorisation préalable².

Toutefois, l'application aux fondations de cette jurisprudence supposerait que le droit de créer une fondation soit constitutif d'une liberté. Or, l'assimilation de la liberté de fonder à la liberté d'association est abusive. La liberté de s'associer n'est constitutionnellement protégée qu'en tant qu'elle est l'expression d'une *liberté collective*. La création de fondation est, elle, toujours une affaire individuelle.

434. Si la création de fondation pouvait être considérée comme l'exercice d'une liberté individuelle, nul doute qu'elle se rattacherait plutôt au droit de propriété. En effet, qu'est-ce que fonder si ce n'est une manière de prévoir éternellement la destination de ses biens ?

Le droit de propriété est protégé par le Conseil Constitutionnel³ non pas en tant que liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution⁴ mais en qualité de principe à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel reconnaît par ailleurs que l'exercice du droit de propriété peut connaître des limitations exigées au nom de l'intérêt général. Ainsi, dans sa décision du 8 janvier 1991, relative à la loi sur le tabagisme et l'alcoolisme, le

¹ Ajoutons qu'une loi s'imposait pour une autre raison. En effet, la reconnaissance d'utilité publique (qui est une forme d'agrément) ne peut être prévue que par une loi, en application du principe de légalité du contrôle (A. Demichel, thèse préc., tome 1, p. 202). Sur la règle « pas de tutelle sans texte », cf. S. Regourd, thèse préc., n° 78 et s.

² Cf. décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, in L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 7^{ème} éd., Sirey, 1993, n° 19. V. également, décision n° 84-191 DC des 10 et 11 octobre 1984 in L. Favoreu et L. Philip, op. cit., n° 37.

³ Conseil Constitutionnel, décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985.

⁴ Pourtant, l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme prévoit que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression ».

Conseil constitutionnel a constaté que depuis la déclaration des droits de l'homme de 1789, l'exercice du droit de propriété avait connu des restrictions imposées par l'intérêt général.

Quoi qu'il en soit, il est peu vraisemblable que la soumission du droit de fonder à une autorisation administrative préalable soit déclarée inconstitutionnelle. Car le droit de fonder n'a jamais été reconnu par le Conseil constitutionnel comme une modalité du droit de propriété. Et même s'il venait un jour à le devenir, la soumission du droit de fonder à une autorisation préalable pourrait encore être légitimée par l'intérêt général.

Paragraphe II- Les fondements de l'autorisation préalable.

435. Même si les justifications traditionnelles de l'intervention étatique dans la création de fondations paraissent archaïques (A), le maintien du contrôle administratif préalable s'impose dès lors que l'intérêt général est en cause (B).

A- Présentation des justifications traditionnelles de l'intervention étatique.

436. Au point de vue de la théorie juridique, le contrôle administratif préalable pourrait se trouver conforté par la personnalité fictive de la fondation-personne morale¹. Au point de vue philosophique, le contrôle est justifié par l'idée que seul l'Etat, par sa nature perpétuelle, a le pouvoir d'immortaliser une œuvre (c). Pratiquement, le contrôle administratif a pour but de lutter contre l'accumulation des biens de mainmorte (a) et de protéger l'Etat contre la naissance de pouvoirs concurrents (b).

¹ Sur cette question, cf. supra, n° 192 et s. Il faut également faire état de l'argument selon lequel, par son affectation, la propriété perdrait son caractère de droit privé pour se transformer en propriété de droit public laquelle ne saurait exister sans l'intervention de l'Etat (en ce sens, R. Saleilles, Rapport préliminaire à la Commission des fondations, op. cit., p. 369, n° 12). Selon cette opinion, en effet, la propriété du Code civil se caractériserait par son individualité et sa transmissibilité et la fondation se trouverait à l'antipode de ce schéma puisque la propriété n'appartient pas à un individu ni même à un groupe d'individus mais à sa destination. Une telle analyse, outre qu'elle se rallie à la thèse de la propriété collective, fait bon compte de la personnalité morale de la fondation soit de l'existence d'un sujet de droit nouveau.

a- Les inconvénients d'ordre économique de la fondation : l'accumulation de biens de mainmorte.

437. L'argument tiré de l'accumulation de biens de mainmorte par les fondations avait été exposé, avec verve, par Turgot dans son célèbre article fustigeant les fondations, article publié dans la Grande Encyclopédie de Diderot¹.

La crainte de la mainmorte constitue une constante de notre histoire². La mainmorte représenterait un danger pour la société en soustrayant, pour l'éternité, à la libre circulation (et qui plus est pour un usage improductif) les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général (qu'il s'agisse des biens affectés à titre de dotation initiale de l'œuvre ou des libéralités ultérieures qui peuvent lui être adressées). En outre, l'Etat se verrait priver d'une source importante de revenus du fait que les biens affectés échappent, du fait de leur immobilisation, aux droits de mutation exigibles lors de leur aliénation ou du décès de leur propriétaire³. Aussi, l'Etat devrait autoriser ces établissements pour éviter que les biens de mainmorte ne soient par trop considérables et, par là-même, nuisibles à la santé économique du pays⁴.

438. Le danger prêté aux fondations est sans doute exagéré et injustifié. Il suppose d'abord que les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général soient inaliénables. Or, l'affectation à l'œuvre d'intérêt général n'impose en rien une inaliénabilité en nature des biens affectés⁵.

Et quand bien même l'affectation des biens s'accompagnerait de leur inaliénabilité en nature, celle-ci pourrait se trouver justifiée par l'intérêt général qui la sous-tend. En effet, les fondations contribueront souvent à la richesse du pays. Ainsi, l'activité d'intérêt général menée par la fondation justifie qu'il soit fait exception à la prohibition des biens de mainmorte, elle-même fondée sur la protection de l'intérêt général.

¹ Cet article est reproduit dans le traité de Michel Pomey (op. cit., p. 351-357).

² En ce sens, P. Langeron, loc. cit., p. 1010. Pour un bref rappel historique, cf. mêmes références.

³ En ce sens, E. Coquet, thèse préc., p. 249.

⁴ M. Langeron (loc. cit., p. 1011) remarque justement, à ce propos, que la puissance économique des fondations n'est pas à craindre dès lors que « le temps semble révolu des très grandes fortunes qui pouvaient être partiellement affectées à de nobles causes ».

⁵ Cf. supra, n° 188.

b- Le danger politique de la fondation : la naissance de pouvoirs concurrents à l'autorité étatique.

439. A l'instar de l'Etat, les fondations œuvrent pour le bien commun. A raison de cette similitude des intérêts, on a craint que les fondations ne menacent l'autorité étatique. La crainte de pouvoirs concurrents à la puissance étatique qui exerceraient sur elle une influence pernicieuse a caractérisé l'histoire des groupements (et *a fortiori* celle des fondations qui disposent, par hypothèse, de capitaux importants). Elle explique la méfiance du législateur à accorder aux groupements à but désintéressé une capacité de recevoir à titre gratuit étendue.

440. A l'heure actuelle, la réalité de la menace représentée par les fondations apparaît totalement chimérique. La nécessité pour l'Etat de canaliser le pouvoir financier des fondations s'expliquait à une époque où le pouvoir central était mal établi¹. La tendance actuelle est, au contraire, de solliciter des aides financières privées pour compléter l'action de l'Administration. A l'heure où l'Administration confie à des personnes morales de droit privé des missions de service public et où l'on affirme, avec régularité, que l'Etat n'a pas le monopole de l'intérêt général, la crainte de voir les fondations abuser de leur influence paraît bien éloignée des préoccupations de la puissance publique. Bien au contraire, les fondations d'utilité publique sont présentées comme le siège favori d'un tiers secteur se situant au croisement du secteur public et du secteur privé².

L'argument est donc largement dépourvu de substance.

c- La perpétuité d'une personne juridique est une prérogative étatique.

441. Les partisans de l'intervention étatique entendent contester le pouvoir de la volonté humaine de créer un être perpétuel. L'homme, par sa nature de simple mortel, ne

¹ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 119.

² L'idée a été exposée par M^{me} Françoise Roques (loc. cit., p. 1755 et s.). Elle reprend et développe une idée émise par Bernard Génry selon laquelle les rapports entre l'Etat et les individus peuvent être conçus non plus en termes d'opposition mais en termes de complémentarité. La thèse de Génry a pour fondement la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. Ainsi, pour Génry, « l'individu ne s'oppose pas à l'Etat mais l'individu s'accorde à l'institutionnel » (op. cit., p. 65). De ce fait, l'activité de la fondation participerait de la collaboration par voie d'activité parallèle. Cette forme de collaboration est dominée par l'idée que la réalisation des fins d'intérêt général relève de l'initiative privée (op. cit., p. 74 et p. 241 et s.). Dans cet esprit, l'Etat se verrait cantonné dans une fonction de coordination et de stimulation des initiatives privées (op. cit., p. 76 et 249).

pourrait créer que des œuvres éphémères. Seul un être perpétuel, en l'occurrence l'Etat, pourrait le faire¹. Ainsi, si Michoud estimait, dans son célèbre ouvrage, que l'Etat devait reconnaître le droit d'autonomie des groupements, il admettait dans le même temps que les fondations devaient être soumises à autorisation préalable « parce que la survivance de volonté qu'elles impliquent a quelque chose d'anormal, et parce qu'elles peuvent devenir dangereuses »². L'auteur en concluait « qu'une fois créées, il (l'Etat) doit les conserver sous sa surveillance, plus étroitement que les corporations, et se réserver le droit de les faire disparaître ou de les transformer lorsqu'elles ne répondent plus à aucun besoin ou sont hostiles au milieu social qui s'est constitué autour d'elles ».

442. Le Professeur Souleau³, pour sa part, n'y a pas vu un argument décisif. L'examen du droit positif lui a permis de constater l'existence de personnes morales comme les sociétés civiles et commerciales ou les syndicats ayant vocation à agir pendant longtemps⁴ et dont la création échappe pourtant au contrôle étatique.

443. Cependant, il nous semble que l'assimilation des fondations aux sociétés et aux syndicats n'est guère convaincante, car elle méconnaît la spécificité des fondations : les fondations ne sont pas, contrairement aux sociétés et syndicats, *des groupements de personnes*. Dès lors, la perpétuité des fondations présente le caractère particulier de faire produire effet à une volonté (celle du fondateur) à jamais figée⁵. Et on peut légitimement s'interroger sur le pouvoir de la volonté humaine de régir le sort de ses biens pour une durée indéfinie. S'il n'est pas question de mettre en doute le fait que la volonté du défunt puisse, par le biais du testament, agir sur le futur, la faculté que celle-ci a d'agir de génération en génération est plus incertaine. Il est de fait que notre droit successoral est hostile à laisser le défunt régler le sort de ses biens au cours des générations à venir. La prohibition des substitutions fidéicommissaires et des clauses d'inaliénabilité perpétuelle

¹ En ce sens, A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 397 ; L. Canet, loc. cit., p. 433 ; R. Savatier, Du Droit civil au Droit public, A travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, op. cit., p. 95. Contra, F. Barbiéri, thèse préc., p. 314 et s., qui voit d'ailleurs dans la fondation « le mode le plus efficace de perception de la perpétuité par le titulaire des droits affectés » (ibid., p. 315).

² L. Michoud, op. cit., tome 1, n° 78.

³ Thèse préc., n° 115.

⁴ On notera que contrairement aux fondations, les sociétés civiles et commerciales ont une durée déterminée et n'ont ainsi pas vocation à mener une activité perpétuelle.

⁵ En ce sens, T. Sauvel, Les volontés des morts et les difficultés des vivants, Revue politique et parlementaire 1952, p. 237 et s. et spéc., p. 241.

(tout au moins elles grèvent des libéralités adressées à des personnes physiques) en témoigne de manière éclatante.

Le Professeur Henri Souleau le reconnaissait d'ailleurs puisqu'il admettait qu'« il semble difficile d'accorder des effets perpétuels aux volontés des morts qui sont figées au jour où elles se sont exprimées »¹. Mais il en tirait pour unique conséquence que l'œuvre d'intérêt général ne pouvait prétendre à la perpétuité et devait s'incliner devant la réalité sociale. Toutefois, si le droit a effectivement le devoir de trancher le conflit entre la volonté des morts et les nécessités du corps social dans le sens des vivants², l'Etat, garant de l'intérêt général, n'est-il pas le mieux placé pour priver d'effet la volonté incarnée dans l'œuvre dès lors que celle-ci n'est plus représentative de l'intérêt général ? Il y a là un argument en faveur du droit de suppression des fondations par la puissance publique. Or, ce droit reconnu à l'Etat de modifier ou de supprimer les œuvres dépourvues d'intérêt social repose sur le même fondement que le droit d'intervention préalable : c'est dans tous les cas l'intérêt général qui est en jeu³.

444. En fait, la perpétuité de l'œuvre d'intérêt général n'est pas un fondement autonome de l'intervention étatique ; elle n'apparaît qu'en tant qu'elle met en jeu l'intérêt public. Celui-ci semble être, sinon le seul fondement du contrôle administratif, du moins un facteur déterminant⁴.

B- Les justifications véritables du contrôle administratif.

445. L'intérêt public est, à notre sens, le *principal* fondement du contrôle étatique. Bien que l'intérêt général ne relève pas du monopole étatique⁵, l'Etat en demeure le garant⁶.

¹ Thèse préc., n° 115.

² V. J. Carbonnier, tome 1, 3^{ème} éd., op. cit., n° 50.

³ Louis Canet (loc. cit., p. 433) remarque dans le même sens que « le système qui cherchait à rendre libre la constitution des fondations méconnaît le caractère essentiel de la fondation qui est de perdurer une volonté individuelle en s'harmonisant avec les besoins exprimés par la volonté générale ».

⁴ Peut-être est-ce la raison pour laquelle l'avant-projet de loi élaboré au cours du colloque organisé par la Fondation Hugot du Collège de France ne fait aucune référence à l'intérêt public (in Le droit des fondations en France et à l'étranger, op. cit., p. 143 et s.).

⁵ En effet, traditionnellement, l'initiative privée supplée les insuffisances étatiques dans les domaines d'intérêt général tels que l'aide sociale, l'éducation ou la culture (F. Roques, loc. cit., p. 1781). Les services collectifs n'étant pas d'essence administrative mais d'essence institutionnelle (B. Gény, op. cit., p. 243 ; F. Roques, loc. cit., p. 1785, note 106).

⁶ En ce sens, E. Baron, mémoire préc., p. 22 ; M. Pomey, traité préc., p. 63 ; D. Linotte, thèse préc., p. 318 ; B. Tricot, loc. cit., p. 25. Pour ce dernier auteur, « plus que l'adage qui lui dénie le monopole du bien public,

Ce rôle de l'intérêt public n'est pas toujours perçu comme l'unique fondement de l'intervention étatique. Ainsi, si la présence de l'intérêt général autorise l'application du droit public ou du moins permet une certaine publicisation, elle ne l'impliquerait pas forcément. « Car l'intérêt général n'est pas un critère direct d'application du droit administratif : la réalisation de cette virtualité suppose que d'autres conditions soient réunies, en général liées à l'intervention de la puissance publique (sous des formes variables) »¹.

446. Pour les fondations, il est possible, selon certains², de caractériser ces autres conditions (ou fondements complémentaires) dans le but non lucratif, les avantages fiscaux, l'indépendance de l'œuvre par rapport à ces fondateurs et la pérennité de la volonté³. Le régime d'autorisation et de contrôle plus souple auquel les fondations d'entreprise sont assujetties s'explique ainsi non « par un but d'intérêt général de moindre intensité »⁴ mais par l'absence ou la moindre présence de ces conditions. Ainsi, les avantages fiscaux accordés aux fondations d'entreprise sont moins importants que ceux concédés aux fondations reconnues d'utilité publique. Il apparaît de même que la permanence du caractère d'intérêt général de l'œuvre n'est pas requise pour la fondation d'entreprise du fait de sa durée de vie déterminée.

Il est plus difficile encore de caractériser l'existence de ces critères complémentaires dans la fondation non personnalisée. Ainsi, le service d'intérêt général non personnalisé n'est pas en mesure de bénéficier de l'aide de l'Etat sous forme d'avantages fiscaux. De même, le risque de détournement des fondations aux fins de servir les intérêts privés des fondateurs n'est pas à craindre lorsque l'œuvre d'intérêt général est gérée par une personne morale de droit public ou un établissement privé sous tutelle étatique. Dans cette

l'Etat contemporain s'inspire de cet autre que rien de ce qui concerne l'intérêt général ne lui est étranger » (loc. cit., p. 25).

¹ D. Truchet, thèse préc., p. 56.

² V. par ex., E. Baron, op. cit., p. 24 et s.

³ La pérennité de la volonté du fondateur est, selon nous, le fondement du contrôle administratif pendant la vie de la fondation et non au stade de la création.

⁴ E. Baron, op. cit., p. 25. L'auteur de ce mémoire se demande de quelle manière doit être mesurée la variation d'intensité de l'intérêt public (même référence). Pour M. Truchet (thèse préc., p. 61), l'intérêt général n'est pas un critère de publicisation car « l'idée de critère implique un élément proportionnel qui ne se rencontre pas ici ». En effet, selon l'auteur « aucune relation de proportionnalité n'existe entre l'intérêt général et l'ampleur de l'application du droit administratif : il n'y a pas davantage de droit administratif, là où il y a davantage d'utilité publique (comment le mesurer ?), ou inversement. Et l'auteur de conclure qu'il vaudrait mieux parler de « principe initial » de « facteur fondamental ».

mesure, l'exclusion des fondations non personnalisées du champ du contrôle administratif préalable est pleinement justifiée.

447. Pour décider ou non d'accorder l'autorisation administrative, l'Etat prend en considération outre l'intérêt général (a), l'intérêt de la fondation-personne morale (b)¹. Dans certains cas, il ne sera pas possible de distinguer intérêt général et intérêt de la fondation-personne morale, car en préservant les intérêts de la personne morale, l'Etat cherche en même temps à protéger les besoins collectifs dont il a la charge. Dans d'autres cas, la protection de la personne morale-fondation n'entretient aucun lien, même indirect, avec celle de l'intérêt général. La dualité des buts de l'intervention administrative ainsi caractérisée ne peut surprendre² : elle recoupe très exactement les deux fondements de la tutelle administrative, dont on sait qu'elle s'applique aux fondations.

a- La protection de l'intérêt général.

448. Nous savons maintenant que le contrôle des fondations participait, à l'origine, de la nature d'un contrôle à but de police destiné à empêcher ces établissements de devenir une puissance politique et financière³.

449. Sous sa forme moderne, le contrôle de l'Etat sur les organismes privés s'explique, selon M. Demichel⁴, par la collaboration qui s'établit entre l'Etat et l'organisme privé. L'autorisation administrative préalable apparaît ainsi comme « un moyen pour l'Etat de recruter des collaborateurs pour l'épauler... »⁵. Cette idée de partenariat entre l'Etat et l'organisme privé explique que l'autorité administrative jouisse d'un pouvoir discrétionnaire, l'Etat ne pouvant « se voir imposer des collaborateurs qu'il n'aurait pas

¹ Notons qu'ainsi entendue, la tutelle de droit public se rapproche de la tutelle de droit privé en ce sens qu'elle a pour but la protection de l'établissement sous tutelle. Cette idée de protection de la personne sous tutelle avait été avancée par Hauriou (Précis de droit administratif, op. cit., p. 55) comme étant le but de la tutelle administrative. Cette opinion est déduite de la jurisprudence (Conseil d'Etat, 27 déc. 1948, Commune de Champigny-sur-Marne, D. 1949, 3, 408, conclusions Guionin) consacrant un droit de recours de la personne sous tutelle contre l'Etat en cas de défaillance de la tutelle qu'il exerce sur elle (sur la critique de la portée attribuée à cette jurisprudence, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 94 et s.).

² Sur la critique de la dualité des buts comme fondement de la tutelle administrative des collectivités décentralisées : cf. S. Regourd, thèse préc., n° 94, qui fait valoir que la tutelle ne peut avoir plusieurs buts dont l'un est l'intérêt général puisque ce dernier englobe tous les buts.

³ Cf. supra, n° 439.

⁴ Thèse préc., p. 12.

⁵ P. Livet, thèse préc., p. 76.

« agréés » comme tels »¹. Par le biais du contrôle, l'Etat s'assure notamment que l'institution privée satisfait véritablement à des tâches d'intérêt général. Car l'intérêt général est le but même de l'Administration. C'est même, pour certains, « la réalisation de la politique qui a été arrêtée par les représentants du peuple. Dans le cadre précis du dirigisme économique et social, l'intérêt général consiste dans la bonne exécution des plans et des programmes définis par le gouvernement sous le contrôle du Parlement »². Aussi, celui-ci serait « fonction des nécessités politiques et économiques de l'heure »³. Si l'on adopte cette conception, l'utilité publique devrait, en outre, être examinée au regard des besoins réels de la société pour éviter un gaspillage inutile des fonds privés⁴.

Il en résulterait notamment que l'absence d'utilité de la fondation projetée dans un domaine très exploité ou dans un lieu où le besoin est déjà couvert justifierait un refus d'autorisation administrative. La difficulté a surtout été évoquée en matière d'action sociale privée, car ce domaine s'est révélé entraîner quasi-systématiquement le recours à l'argent public sous forme de dotation globale de fonctionnement ou de remboursement du prix de journée⁵.

450. Cette approche de l'utilité publique en ce qu'elle est de nature à brider l'initiative privée pour en faire un simple relais de l'action publique ne peut être retenue⁶. Ce qui n'empêche pas que l'autorité étatique pourrait œuvrer utilement en informant le fondateur des missions déjà réalisées par l'Etat dans le domaine qu'il envisage d'investir pour lui recommander, le cas échéant, de s'adresser aux établissements publics déjà existants. Ce faisant, l'Etat agirait comme un pédagogue et non comme un censeur⁷.

¹ J.M Garrigou-Lagrange, Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 99, 1970, p. 312.

² A. Demichel, thèse préc., tome 1, p. 7.

³ Ibid.

⁴ R. Saleilles a ainsi pu écrire : « Il y a intérêt à ne pas fractionner à l'infini les organismes destinés à pourvoir à des intérêts identiques, de telle sorte que l'excès de concurrence en arrive à stériliser les forces et annihiler les concours » (Rapport préliminaire à la Commission des fondations, op. cit., p. 371, n° 14).

⁵ V. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 27. Sur ce sujet, cf. la thèse précitée de M. Rossini.

⁶ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 28. Le Conseil d'Etat estime que plutôt que d'adopter une conception restrictive de l'utilité publique, il vaudrait mieux exiger un avis plus motivé des ministères lors de la création des fondations et une efficacité accrue des contrôles.

⁷ L'expression est de P. Langeron (loc. cit., p. 1016).

451. Même si l'on ne peut se résoudre à voir dans la création de fondations un simple instrument de mise en œuvre d'une politique des gouvernants dans le secteur économique et social, il n'en reste pas moins que l'Etat est *seul* habilité à *reconnaître* l'existence d'un intérêt général¹. Ainsi, si l'intérêt général est un intérêt supérieur aux autres et qui de ce fait peut s'imposer à tous, seule l'entité neutre qu'est l'Etat peut en définir le contenu.

L'intérêt général est une notion par trop subjective et contingente pour que l'appréciation n'en soit pas laissée aux pouvoirs publics². L'appréciation de l'opportunité de la création de fondation doit, en effet, demeurer de la responsabilité de l'Etat, seul capable de discerner les exigences de l'intérêt général. Lui seul peut déterminer si le projet de fondation qui lui est présenté correspond réellement à un besoin social à satisfaire. La formule de M. Linotte selon laquelle « une œuvre privée peut bien estimer subjectivement qu'elle poursuit un but d'utilité publique, tant que la puissance publique n'en aura pas été convaincue elle aussi, cela ne changera rien à son statut de droit »³ résume assez bien cette idée.

452. Le contrôle étatique s'impose d'autant plus que la reconnaissance de la qualité d'établissement d'utilité publique entraîne certaines prérogatives : ainsi, par l'intermédiaire des avantages fiscaux accordés à la fondation (le label d'utilité publique entraîne l'application de l'article 795-4 du C.G.I c'est-à-dire des exemptions ou des réductions fiscales) comme aux auteurs des libéralités qui lui sont adressées (sous forme de déductions ou de réductions d'impôt)⁴, l'Etat distribue indirectement, en se privant de ressources, des fonds publics. Il est donc naturel que la personne publique contrôle la bonne utilisation de ces fonds⁵. La personne publique doit également déjouer les tentatives de fraude au fisc. Ainsi, dénonce-t-on couramment les tentatives de création de fondations d'utilité publique pour gratifier un étranger et échapper aux paiements des droits de mutation entre étrangers. Le schéma frauduleux s'organise alors sous la forme de la

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rapport public 1999, op. cit., p. 306, selon qui « en vertu des principes qui gouvernent le fonctionnement de nos institutions politiques, seul le législateur dispose de la légitimité nécessaire pour formuler les finalités d'intérêt général ».

² En ce sens, M. Pomey, L'acte de fondation en Droit français, loc. cit., p. 29.

³ Thèse préc., p. 318.

⁴ Ces mécanismes d'incitation fiscale sont plus importants pour les organismes reconnus d'utilité publique que pour les associations déclarées (cf. supra, n° 90).

⁵ En ce sens, J. N Chavanne, L'approche du ministère de l'Intérieur, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, op. cit., p. 41.

nomination de la personne que le fondateur désire gratifier comme président de la fondation, qui se voit doter en cette qualité d'une rémunération (fictive) conséquente¹.

453. Le contrôle administratif des fondations apparaît enfin comme une garantie d'*efficacité* de l'action de la fondation. Les conditions financières (capital productif de revenus ou versements garantis par une caution bancaire) élaborées par la pratique administrative ou par la loi garantissent la viabilité de la fondation. Or, il n'est pas dans l'intérêt de l'Etat que la fondation tombe sous la dépendance financière de la collectivité publique et soit réduite à survivre grâce aux subventions de l'Etat ou des collectivités locales. Par le biais de ce contrôle, l'Etat œuvre également pour la protection de la personne morale-fondation.

b- La protection de l'intérêt de la fondation-personne morale.

454. Le contrôle administratif préalable assure l'indépendance de l'œuvre par rapport à ses fondateurs en même temps qu'il protège la dénomination de fondation. La nécessaire indépendance de la fondation par rapport à ses fondateurs s'explique par le fait que la fondation ne représente pas une personne ou un groupement de personnes mais une fin d'intérêt général à laquelle des biens sont irrévocablement affectés.

L'indépendance de l'œuvre par rapport à son fondateur revêt une signification différente selon que l'on envisage les fondations reconnues d'utilité publique ou les fondations d'entreprise. Pour la fondation reconnue d'utilité publique, il s'agit pour l'autorité administrative de s'assurer, par le biais du contrôle des statuts, que l'œuvre se détache réellement de la personne de son fondateur. La fondation d'entreprise est au contraire organisée pour assurer la mainmise des entreprises fondatrices sur elle². Le caractère non-lucratif des fondations d'entreprise risque donc de s'en trouver menacé. Dès lors, l'intervention étatique, dans la mesure où elle a pour objet de contrôler que la

¹ Cf. également l'exemple de fraude au fisc relaté par M. Beltrame (Fondations, mécénat et fiscalité en Europe, in Les Fondations, un mécénat pour notre temps, op. cit., p. 69 et s. et spéc., p. 72) : une personne souhaitant liquider un actif dont la cession serait susceptible de dégager une forte plus-value imposable pourrait, en faisant don de ce bien à une fondation dont elle a le contrôle, échapper à l'impôt. Ainsi, le transfert de propriété de même que les gains en capital réalisés par la fondation sont exonérés de droit de mutation. La fondation pourra par la suite revendre en franchise d'impôts l'actif et rendre ensuite la somme encaissée sous forme de prêts à taux d'intérêt nominal.

² Cf. infra, n° 690 et s.

fondation d'entreprise n'est pas qu'une « filiale » de l'entreprise fondatrice, se justifie pleinement.

455. En tant qu'ils contrôlent l'indépendance de l'œuvre par rapport à son ou ses fondateurs, la section de l'intérieur du Conseil d'Etat ou le préfet agissent d'ailleurs dans *l'intérêt* de la personne morale-fondation. Ce faisant, ils protègent efficacement le prestige attaché à la dénomination de fondation. L'intervention de l'Etat, par l'intermédiaire d'un contrôle administratif préalable, contribue, en effet, à un degré appréciable, à l'image valorisante dont les fondations bénéficient à l'égard du grand public¹. Si la reconnaissance d'utilité publique des fondations est une procédure plus lourde que l'autorisation administrative des fondations d'entreprise, l'allégement de la procédure administrative des fondations d'entreprise s'accompagne, en contrepartie, d'une moindre capacité juridique et de l'obligation d'utiliser la dénomination de fondation d'entreprise, à bien des égards beaucoup moins valorisante que celle de fondation reconnue d'utilité publique².

456. Pour l'ensemble de ces raisons et en opposition au mouvement doctrinal qui se développe à l'heure actuelle³, il nous faut conclure en faveur du maintien du contrôle administratif préalable. L'étude du droit comparé nous conforte dans cette idée. En Belgique, au Luxembourg, en Grèce et en Italie, les fondations n'acquièrent la personnalité morale qu'après approbation administrative, même s'il est vrai que le régime de l'autorisation préalable varie sensiblement d'un pays à l'autre selon que l'autorité publique y exerce ou non un pouvoir discrétionnaire.

457. Ainsi, aussi longtemps que l'intérêt général se trouvera au cœur de la notion de fondation, le contrôle étatique préalable devra, selon nous, continuer à s'exercer sur les fondations autonomes. Le principe de l'autorisation administrative préalable à la création des fondations-personnes morales françaises étant acquis, il nous reste à en déterminer les modalités.

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 26.

² Cf. infra, n° 712 et s.

³ Cf. notamment, 92^{ème} Congrès des Notaires, op. cit., p. 552 et s. ; Avant-projet de texte législatif relatif au droit des fondations élaboré au cours du colloque organisé par la Fondation Hugot, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, op. cit., p. 143 et s. , F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, op. cit., n° 476 ; J. Vacherot, Les fondations françaises, d'utilité publique, des origines à la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, loc. cit., p. 32.

SOUS-SECTION III- CARACTERES ET MISE EN OEUVRE DU CONTROLE ADMINISTRATIF.

458. Le maintien de l'autorisation administrative préalable ne signifie pas, pour notre part, maintien du *statu-quo*. L'étude des caractères (paragraphe I) et de la mise en œuvre (paragraphe II) de l'autorisation administrative nous permettra de le démontrer.

Paragraphe I- Les caractères de l'autorisation administrative.

459. Il vient d'être établi que l'autorisation administrative doit conserver son rôle créateur de la personnalité morale. L'idée d'une loi appelée à définir les conditions d'obtention de l'autorisation administrative (plus précisément les conditions de reconnaissance d'utilité publique puisque les fondations d'entreprise font déjà l'objet d'une réglementation spécifique) est sans conteste la mieux venue¹. Sans doute les avis du Conseil d'Etat ne constituent-ils qu'un simple instrument de travail pour la pratique administrative mais l'ignorance par les candidats-fondateurs des critères d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique constitue une entrave au développement des fondations.

460. L'intervention législative préconisée est néanmoins susceptible d'emprunter des modalités diversifiées entre lesquelles il importe de choisir.

461. Dans une optique très libérale, le législateur pourrait se contenter d'énumérer les motifs de refus de l'autorisation administrative². Ainsi, au lieu d'exiger que la fondation poursuive un but d'utilité publique, il pourrait être énoncé que seules les fondations ayant un objet ou une cause illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou portant atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la forme républicaine du gouvernement (par analogie aux associations) ou encore ayant un but inutile peuvent être refusées. De la même façon,

¹ Contra, M. Pomey (traité préc., p. 256 et s.) qui fait valoir que l'absence de loi est un facteur de flexibilité, d'adaptation.

² C'est le système choisi par la société d'études législatives (Bull. 1909, p. 443). Ce projet a d'ailleurs inspiré une proposition de loi en date du 7 novembre 1924 (J.O 1924, Doc., annexes, n° 631). Une version intermédiaire avait été, au départ, choisie par la société d'études législatives. Celle-ci consistait à distinguer selon l'objet des fondations et à créer des catégories de fondations (fondations ayant pour objet la bienfaisance, le développement des sciences, des lettres ou des arts) pour lesquelles l'autorisation est de droit, le refus ne pouvant intervenir que dans le cas où les fondations soumises à autorisation n'entreraient pas, en réalité, dans les catégories légales.

plutôt que d'imposer l'affectation de ressources d'un montant déterminé, seule l'insuffisance manifeste de ressources serait érigée en cause de refus¹.

Ce faisant, l'autorité administrative verrait son pouvoir singulièrement amoindri en ce que la faculté de refuser l'autorisation ne lui serait accordée que pour certaines causes légalement déterminées². Comme, de plus, le veto opposé au projet de fondation ne pourrait se fonder que sur les causes spécifiées par la loi, il pourrait donner lieu à un contrôle contentieux pour violation des formes légales. Et il est probable que l'autorité administrative aurait une compétence plus encadrée qu'elle ne l'est actuellement, l'autorité administrative ayant pour unique pouvoir de vérifier la conformité à la loi de la situation qui lui est présentée.

462. Pour tentant qu'il soit, le système ne peut être retenu dans la mesure où il ne nous semble pas suffisamment protecteur de *l'intérêt général*. Toutes les éventualités de fondations dangereuses ou nuisibles ne peuvent évidemment pas être contenues dans cette liste. De même, un contrôle des ressources de la fondation réduit au simple constat de leur insuffisance manifeste ne peut suffire à révéler l'inadéquation entre les ressources prévues et l'objet à atteindre.

Le système ne garantit pas davantage les tentatives de détournement de la fondation à des fins d'utilité privée. Il est, en effet, très facile au pseudo-fondateur d'énoncer dans les statuts un objet d'intérêt général, alors qu'en fait, la fondation serait destinée à servir ses intentions malveillantes. Ainsi, un projet, présenté au ministère de l'intérieur, qui prétendait créer une personne morale à partir d'un seul terrain en indivision entre plusieurs cohéritiers, s'était révélé avoir, en réalité, pour but de gêner les autres membres de la famille³. Le système ne s'avère pas plus protecteur des *intérêts de la fondation* : même s'il est d'intérêt général, l'objet prévu dans les statuts peut se révéler impossible à atteindre si les statuts sont mal rédigés.

¹ La modalité pratique de mise en œuvre d'un tel système peut prendre la forme d'une autorisation préalable mais elle correspond davantage à l'exercice d'un droit de veto de l'Administration en ce sens que l'autorisation est de droit (et s'obtient tacitement par l'expiration d'un délai, par exemple) et que l'exercice du droit de veto apparaît comme une exception. Dans cette hypothèse, l'autorisation préalable s'apparente à une autorisation de police dans la mesure où elle a pour but de protéger l'ordre public traditionnel et tend à la sauvegarde de la tranquillité, de la sûreté et de la salubrité publique (en ce sens, P. Livet, thèse préc., p. 44).

² Dans ce sens, à propos de l'agrément, v. B. Tricot, loc. cit., p. 27.

³ V. J. N Chavanne, L'approche du ministère de l'Intérieur, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, op. cit., p. 39.

463. En fait, si le législateur devait énoncer les conditions d'admissibilité des fondations reconnues d'utilité publique, il devrait, selon nous, le faire de façon relativement souple. Il lui suffirait en fait d'énoncer qu'une fondation peut être autorisée à la condition de poursuivre un objet d'intérêt général à but non lucratif, de disposer de ressources proportionnelles au but poursuivi et de se conformer à certaines dispositions relatives à l'organisation et au contrôle de la fondation, une fois celle-ci créée. La définition légale des conditions d'obtention de l'autorisation administrative a d'ailleurs déjà été opérée en matière de fondations d'entreprise. Cette manière de procéder présente le mérite de préserver tous les intérêts en jeu. L'intérêt particulier du fondateur se trouverait encore mieux protégé si la décision de rejet de l'autorisation administrative de création était motivée, car le fondateur pourrait être ainsi informé des raisons du refus qui lui est opposé¹.

464. Le système que nous préconisons n'est pas, pour autant, une consécration pure et simple de la pratique actuelle en ce que la part du pouvoir discrétionnaire reconnue à l'autorité administrative serait plus restreinte qu'elle ne l'est aujourd'hui. En effet, l'autorité administrative ne pourrait fonder son refus d'autorisation *sur des causes autres* que celles qui conditionnent légalement les conditions d'attribution de la personnalité morale. Il en résulte notamment que l'autorité administrative ne serait pas libre de choisir ses mobiles en dehors de l'intérêt général. Mais, dans cette limite, l'autorité administrative devrait être libre de subordonner l'autorisation administrative à toutes les conditions qu'elle estime nécessaires dans l'intérêt général.

Dans la mesure où le législateur aurait énoncé expressément les conditions d'obtention de l'autorisation administrative, le juge de l'excès de pouvoir devrait être habilité à procéder au contrôle des motifs de la décision². Ainsi entendu, le degré d'investigation du juge dépasserait largement le contrôle minimum exercé en matière de reconnaissance d'utilité publique. Le contrôle minimum inclut le contrôle de l'exactitude matérielle des

¹ Sur ce point, v. Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 42, qui propose, plutôt que de modifier la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des décisions administratives, de faire figurer l'obligation de motiver le refus de reconnaissance d'utilité publique dans une loi spécifique aux fondations. Toutefois, la proposition du Conseil d'Etat demeure quelque peu timide : l'obligation de motiver les décisions de refus de reconnaissance d'utilité publique n'est intéressante que dans la mesure où elle permet un contrôle poussé du juge. Or, dans le système proposé par le Conseil d'Etat, il n'est guère question de revoir les caractères de l'autorisation administrative.

² En ce sens, A. Demichel (thèse préc., tome 2, p. 517). Pour certains, le recours contentieux ainsi compris deviendrait « une décision administrative, substituée à une autre » (R. Saleilles, *Rapport préliminaire à la Commission des fondations*, op. cit., p. 398, n° 51).

faits, du détournement de pouvoir et de l'erreur de droit mais n'emporte aucun contrôle des motifs¹, à l'exception toutefois du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles le juge se refuse à exercer tout contrôle de la qualification juridique des faits, y compris celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Ce refus se rencontre principalement dans les matières à haute technicité ou dans celles qui touchent à la haute politique (comme par exemple, l'autorisation préalable des associations étrangères ou le retrait de l'autorisation des associations étrangères).

Le contrôle par le juge de l'existence et de la qualification des faits motivant la décision nous paraît inévitable dès lors que le législateur, en déterminant limitativement les conditions d'obtention de l'autorisation administrative, aura entendu limiter la marge de pouvoir discrétionnaire laissée à l'autorité administrative. Mais encore faut-il s'entendre sur la nature de ce contrôle. Le juge devrait, selon nous, se contenter de vérifier si les faits qui ont motivé la décision de l'autorité administrative correspondent effectivement à l'intérêt général. Mais là s'arrêterait le pouvoir du juge qui ne saurait apprécier l'opportunité de la mesure c'est-à-dire l'adaptation de la mesure prise par rapport à ses motifs. Par exemple, en cas de refus d'autorisation, le juge devrait vérifier si l'œuvre projetée était réellement incompatible avec l'intérêt général, mais ne pourrait examiner si le refus d'autorisation était réellement la meilleure solution ou si une autre mesure eût été plus adéquate.

La réforme du contrôle administratif des fondations serait incomplète si elle ne s'accompagnait pas d'un assouplissement de la procédure administrative d'autorisation.

Paragraphe II- La mise en œuvre de l'autorisation administrative.

465. Puisque, selon nous, la surveillance administrative s'impose a priori tant dans l'intérêt de l'Etat que dans l'intérêt de la fondation, la seule difficulté restant à résoudre est celle de la longueur de la procédure administrative d'autorisation. La technique de l'octroi tacite de l'autorisation administrative à défaut de réponse de l'Administration dans un délai donné est sans conteste la formule la plus efficace². Le procédé de la décision implicite d'acceptation consiste en effet à assimiler le silence de l'Administration à une

¹ En ce sens, A. De Laubadère, Y. Gaudemet, J.C Venezia, *Traité de droit administratif*, tome 1, 14^{ème} éd., L.G.D.J., 1996, n° 740 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, op. cit., p. 532.

² A titre d'exemple, au Canada, l'Administration a 180 jours pour statuer sur le dossier de fondation, délai à l'écoulement duquel son silence équivaut à un refus et donne lieu à une action contentieuse.

décision en bonne et due forme. Il est d'ailleurs l'aboutissement d'une longue évolution des rapports entre l'Administration et les administrés. Conçue à l'origine pour empêcher l'autorité administrative de se soustraire par son silence au contrôle du juge de l'excès de pouvoir en arguant de l'absence de décision préalable à un recours contentieux (d'où la règle du silence rejet), la règle du silence est devenue au fil du temps un moyen de satisfaire l'administré auteur d'une décision restée sans réponse¹. Le défaut de réponse de l'Administration recouvre d'ailleurs des réalités fort différentes puisqu'il peut correspondre à une inertie imputable à la faute de l'Administration (du fait de sa négligence ou de son indécision) ou à une abstention délibérée de celle-ci².

466. La généralisation des autorisations administratives implicites est assez fréquemment combattue pour la raison que celles-ci autorisent les administrés à tirer profit de l'inertie de l'Administration et qu'elles sont susceptibles de nuire aux intérêts des tiers « qui, sauf dispositions particulières en ce sens, ne bénéficient pas, pour contester la décision, des garanties offertes par une motivation et par des mesures de publicité »³. En effet, la nature même de la décision implicite d'acceptation s'oppose à ce qu'elle soit soumise à l'obligation de motivation. Admettre l'illégalité d'une décision non motivée reviendrait à enlever toute utilité véritable au mécanisme d'autorisation implicite⁴. Cette absence de motivation, parfois conjuguée à une absence de publicité, fait néanmoins courir aux tiers un certain danger, puisque ne connaissant pas la décision ils ne peuvent exercer à son encontre un recours contentieux.

467. Si le danger lié à l'absence de publicité peut aisément être combattue par la publication de la demande d'autorisation administrative de création, le mécanisme d'autorisation implicite de création de fondations paraît trop risqué pour mériter d'être retenu. Il laisse en effet craindre l'octroi de reconnaissances infondées. De cette analyse pourrait néanmoins être exceptée la situation des fondations d'entreprise pour lesquelles

¹ Sur cette évolution, cf. M. Monnier, thèse préc., p. 15 et s.

² En ce sens, M. Monnier, thèse préc., p. 5.

³ F. Raynaud, P. Fombeur, obs. sur Conseil d'Etat, 30 oct. 1998, A.J.D.A. 1999, 125. Contra, M. Monnier, thèse préc., p. 158, qui ne condamne pas le procédé d'autorisation implicite et préconise plutôt l'amélioration des mesures de publicité des décisions implicites d'acceptation. Elle reconnaît néanmoins que la publicité systématique des décisions implicites d'acceptation leur fait perdre « leur aspect informel et les vertus qu'on leur prêtait à l'origine » (ibid., p. 139).

⁴ En ce sens, M. Monnier, thèse préc., p. 158.

l'autorisation administrative tacite pourrait subsister, ce tant en raison de leur durée de vie déterminée, que de leur intérêt général moindre.

468. La réforme des fondations reconnues d'utilité publique pourrait plus utilement concerner la procédure. En matière de fondations post-mortem, un premier facteur d'« accélération » de la procédure résiderait dans la suppression de l'interpellation des héritiers effectuée à l'occasion de la procédure d'autorisation administrative d'accepter de la libéralité constitutive de la dotation initiale¹. De manière plus globale, on pourrait songer à simplifier la procédure d'autorisation administrative de création des fondations.

469. A l'heure actuelle, l'autorité décisionnelle varie selon le type de fondation considéré : préfet pour les fondations d'entreprise et premier ministre pour les fondations reconnues d'utilité publique. On se souvient, par ailleurs, que la longueur de la procédure de reconnaissance d'utilité publique est imputable à la consultation des différents intervenants à la décision finale (consultations des ministères, signature par les ministres concernés puis par le premier ministre et enfin notification à la préfecture compétente). De là vient l'idée d'étendre aux fondations reconnues d'utilité publique le système d'autorisation en vigueur pour les fondations d'entreprise en faisant du Préfet de département l'organe compétent. La suggestion a été étudiée par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat². Il était prévu d'accorder l'autorisation administrative par arrêté préfectoral pris sur avis de la cour administrative d'appel territorialement compétente. Pourtant, la proposition n'a pas été retenue par le Conseil d'Etat motif pris du nombre trop faible de dossiers à traiter et du caractère national de l'activité des fondations importantes. Aussi, la solution passe-t-elle pour le Conseil d'Etat par le renforcement du caractère interministériel de la procédure de reconnaissance « afin notamment de l'accélérer par des contacts plus fréquents entre départements ministériels »³. Pour ce faire, le Conseil d'Etat propose une série de mesures à caractère fonctionnel parmi lesquelles la désignation au sein de chaque département ministériel d'un correspondant-fondation, la tenue de réunions périodiques entre le ministère de l'intérieur et les autres ministres concernés, la mise en place d'un système d'enregistrement formel destiné à tenir informer les candidats fondateurs de toutes les étapes de la procédure depuis son

¹ Cf. supra, n° 158.

² Rendre plus attractif le droit des fondations, op. cit., p. 38.

³ Ibid., p. 39.

lancement (avec notamment l'obligation pour l'autorité administrative d'informer le fondateur de l'état d'avancement du dossier à l'écoulement d'un délai de trois mois après le dépôt du dossier) et l'instauration d'une procédure de consultation tacite des ministères techniques.

470. Nous ne pouvons que nous rallier à l'opinion du Conseil d'Etat en ce que le préfet de département nous paraît bien mal armé pour apprécier l'utilité publique d'une fondation ayant vocation à agir sur le territoire national. En revanche, le palliatif envisagé, quoique financièrement rentable, nous semble quelque peu timide. Si la concertation des différents ministères concernés est indispensable, il nous paraît toutefois plus simple de faire en sorte que cette concertation se réalise au travers d'un organe *permanent*. Nous ne préconisons pas la création d'un organisme nouveau ; le Droit des fondations connaît déjà l'existence d'un tel organe, le Conseil national des fondations. Cet organisme créé à l'initiative de la commission des affaires culturelles du Sénat¹ par voie d'amendement au projet gouvernemental ayant abouti à la loi de 1987 sur le développement du mécénat a vocation à reproduire en France les expériences étrangères (Concil of Foundations américain, Charity Commission britannique)². Dans l'esprit du Sénat, cette instance devait n'être composée que de professionnels c'est-à-dire des représentants des fondations reconnues d'utilité publique et des fondations d'entreprise à l'exception toutefois de sa présidence qui devait être assurée par un conseiller d'Etat élu par l'assemblée générale du Conseil d'Etat³.

¹ Rapport n° 213 de M. Laffitte fait au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, op. cit., p. 24.

² On notera que la référence du Sénat à la Charity Commission n'est pas pleinement justifiée. Ainsi, du point de vue de sa composition, la Charity Commission est composée de membres nommés et rémunérés par le ministère de l'intérieur et non comme le prévoyait le Sénat de personnes indépendantes des pouvoirs publics. De même, elle a des attributions plus importantes que le conseil national des fondations dans la mesure où elle détient un pouvoir d'enregistrement des charities sur le registre général des charities ainsi qu'un pouvoir de contrôle du fonctionnement des charities.

³ Le gouvernement s'était d'abord montré hostile à la création du conseil national des fondations au motif que ce dernier ferait double emploi avec le Conseil supérieur du mécénat culturel. Celui-ci créé par un arrêté du 2 février 1987 modifié par un arrêté du 5 juin 1990 s'est vu confier la mission d'émettre des avis sur tous les aspects juridiques, fiscaux et déontologiques liés au développement du mécénat culturel et de formuler des propositions concrètes susceptibles de favoriser son essor. Il participe également à la mise en œuvre de la procédure de cofinancement. Le danger d'empiètement des attributions du Conseil national des fondations sur celle du Conseil supérieur du mécénat culturel est apparu au cours des débats parlementaires comme étant infondé.

Devant l'hostilité de l'Assemblée nationale à définir dans la loi la composition du conseil¹, le Sénat consentit à laisser au gouvernement le soin de définir la composition et les modalités de fonctionnement du conseil national des fondations. Il en est résulté que ce nouvel organisme, composé selon l'article 18 du décret du 30 septembre 1991, d'une part de représentants de l'Etat c'est-à-dire de deux parlementaires (un député désigné par l'Assemblée nationale et un sénateur désigné par le Sénat), de trois magistrats (un conseiller d'Etat, un conseiller maître à la Cour des comptes désignés par les chefs de ces juridictions et un conseiller ou un avocat général à la Cour de cassation désigné par l'assemblée générale de la Cour de cassation sur proposition de son bureau) et de neuf représentants des principaux ministres concernés² désignés par chacun d'eux et d'autre part, de personnalités qualifiées désignées par le Premier ministre (dont huit personnalités qualifiées en raison de leurs activités au sein des fondations, quatre personnalités qualifiées en matière de droit ou d'économie des fondations, un représentant du Conseil national de la vie associative), est chargé de rassembler les informations relatives aux fondations, d'établir un rapport annuel à ce sujet et de proposer aux pouvoirs publics des actions tendant au développement du mécénat des fondations. Par ailleurs, son financement est assuré par l'autorité administrative et non par l'imposition des fondations existantes, cette mesure, prônée par le Sénat, ayant été jugée « critiquable en droit et en opportunité »³.

471. Ce conseil, qui n'a jamais été mis en place, ne dispose que d'un rôle d'information et de proposition à l'exclusion de tout pouvoir de coercition ou de contrôle. A aucun endroit n'est défini le statut de cette nouvelle instance. Tout juste est-il précisé qu'elle est placée auprès du Premier ministre (article 18 du décret du 30 septembre 1991). Par la même se trouve exclu le caractère privé de cet organisme. La nature de ces attributions incline à en faire un organe consultatif (dans la mesure où il est doté de pouvoirs de proposition) placé auprès de l'Administration centrale.

¹ Cf. par ex., intervention du ministre de la culture, M. Jack Lang, séance du Sénat 13 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 1545 et séance de l'Assemblée nationale du 28 mai 1990, J.O 1990, Débats, p. 1705.

² Il s'agit du ministre chargé de l'éducation nationale, du ministre chargé de l'économie et des finances, du garde des sceaux, du ministre de l'intérieur, du ministre chargé de la culture, du ministre chargé des affaires sociales, du ministre chargé de la recherche, du ministre chargé de la recherche et des sports et du ministre de l'environnement.

³ Intervention de M. Basini, secrétaire d'Etat, 2^{ème} séance de l'Assemblée nationale du 22 juin 1990, J.O 1990, Débats, p. 2837.

472. Il serait souhaitable d'étendre davantage les attributions de cet organisme. La modalité adéquate de participation du Conseil national des fondations au processus de constitution des fondations paraît devoir se situer dans le cadre consultatif. Il importe, en effet, que le « dernier mot » revienne au Gouvernement seul à même de constater l'existence d'un besoin social à satisfaire (et seul à pouvoir décerner le label d'établissement « reconnu d'utilité publique »). Bien que souvent dénoncée comme entraînant « la dilution des responsabilités » et le « goût du compromis »¹, la procédure consultative est fréquemment utilisée en matière d'agrément², car elle atténue « l'hostilité des participants à la fonction (consultative) vis à vis de l'autorité »³.

473. Le Conseil national des fondations serait appelé à exercer les attributions du Conseil d'Etat dans le domaine de la création des fondations d'utilité publique. La substitution du Conseil national des fondations au Conseil d'Etat présenterait une utilité certaine. D'une part, l'avis du Conseil national des fondations pourrait aussi être sollicité pour la création de fondations d'entreprise ; il y aurait ainsi une unité décisionnelle. Il est vrai, cependant, que la nécessité d'obtenir un tel avis ne pourrait qu'alourdir la procédure d'autorisation administrative de création des fondations d'entreprise dont on sait qu'elle a été voulue simple et rapide. Toutefois, elle présenterait l'avantage incontestable, de par son caractère national, d'unifier les pratiques administratives divergentes selon les préfectures en matière d'autorisation administrative des fondations d'entreprise. De plus, elle n'est pas incompatible avec le maintien de la procédure d'autorisation implicite des fondations d'entreprise. La décision implicite d'acceptation fait en effet parfois intervenir des organismes collégiaux dont l'avis est sollicité⁴. Il suffit simplement que le délai d'instruction de la demande d'autorisation de la fondation d'entreprise soit allongé pour prendre en compte l'intervention d'un organisme supplémentaire.

Par rapport au Conseil d'Etat, le Conseil national des fondations présente d'autre part l'avantage d'être constitué, outre de magistrats, de personnalités politiques et de praticiens expérimentés, apparaissant ainsi comme un lieu privilégié de discussion⁵. De plus, le

¹ Y. Weber, *L'Administration consultative*, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 82, 1968, préface C. Durand-Prinborgne, p. 262.

² En ce sens, P. Livet, thèse préc., p. 245.

³ Y. Weber, thèse préc., p. 261.

⁴ En ce sens, M. Monnier, thèse préc., p. 112.

⁵ Notons qu'il existe dans l'Administration de nombreux conseils spécialisés qui font place à des

Conseil d'Etat ne se trouverait pas complètement dépossédé de ses attributions dans la mesure où il se trouverait représenté dans la composition du Conseil national des fondations. Enfin, cet organisme ne se trouverait pas « sous la coupe » des gouvernants, car ces derniers ne déterminent pas en totalité sa composition.

474. Le degré de participation du Conseil national des fondations à la décision finale serait susceptible de varier selon la force de l'avis sollicité. La consultation revêt traditionnellement trois formes : l'organisme consultatif peut se limiter à donner des avis simples à l'autorité administrative, celle-ci étant libre de le consulter et n'étant pas tenue de se conformer à cet avis. Sous une forme plus contraignante, l'avis peut être rendu obligatoire par les textes, tout en laissant l'autorité administrative libre de se conformer à l'avis sollicité. Enfin, un avis conforme de l'organisme consultatif peut être exigé par les textes, l'autorité administrative étant non seulement tenue de solliciter l'avis mais également de le suivre. Si la dernière modalité (celle de l'avis conforme) serait de nature à asseoir l'autorité du Conseil national des fondations, elle doit être rejetée dans la mesure où elle « dépossède le titulaire légal de sa compétence et la transfère à l'organe consulté, ne laissant au premier qu'un pouvoir d'authentification »¹. Or, cette dépossession est inconcevable compte tenu du caractère politique de l'intervention de la puissance publique. En revanche, l'obligation faite au pouvoir exécutif de consulter le Conseil national des fondations paraîtrait plus adaptée en ce sens qu'elle donnerait du poids à cette nouvelle instance (dans la mesure où il est fait obligation de consulter le Conseil national des fondations et où le défaut de consultation entache de nullité la décision administrative intervenue²), tout en laissant le Gouvernement prendre la décision définitive.

475. Le Conseil national des fondations pourrait intervenir dès le début de la procédure et être saisi d'une demande d'établissement d'un projet de décision³. En effet, le Conseil national des fondations comporte en son sein des représentants de la tutelle technique,

personnalités extérieures à l'Administration en raison de leur compétence. Ainsi en est-il, par exemple, du Conseil supérieur de l'éducation nationale ou du Conseil supérieur des transports.

¹ P. Livet, thèse préc., p. 247.

² En effet, le Conseil d'Etat considère que le défaut de consultation, lorsque la consultation est obligatoire, est un vice de forme. Cf. par ex., Conseil d'Etat, 23 février 1861, Dubuc, Lebon, p. 134 ; 13 mars 1891, Dupuy, Lebon, p. 210 ; 12 octobre 1956, Baillet, D. 1956, J., 664, conclusion Lasry. Lorsque l'autorité administrative, après avoir consulté l'organisme consultatif, envisage d'apporter des modifications à son projet de texte, elle doit consulter à nouveau l'organisme consultatif (Conseil d'Etat, Ass., 23 oct. 1998, D. 1998, I.R., 258, J.C.P. 1999, IV, 1099).

³ Le projet de décision rendu par le Conseil national des fondations pourrait évidemment être négatif.

c'est-à-dire des ministres dans le ressort duquel la fondation a vocation à agir. De cette façon, l'instruction de la demande, qui ne ressortirait plus de différents ministères mais d'un organisme unique, le Conseil national des fondations, gagnerait en rapidité.

476. Reste encore à déterminer quelle serait l'autorité compétente pour accorder l'autorisation. En matière d'agrément, la règle veut que le Ministre compétent dans le domaine d'action de l'organisme donne l'agrément¹. Techniquement, il est donc tout-à-fait possible que l'autorisation administrative soit accordée par arrêté ministériel. Cependant, le label « d'utilité publique » ne semble pouvoir être décerné que par décret du Premier ministre. Dans la mesure où cet « attribut » est essentiel au prestige de l'appellation fondation, il nous semble que le Premier ministre devrait demeurer compétent pour autoriser la fondation reconnue d'utilité publique.

Dans le domaine des fondations d'entreprise, il nous semble toutefois que la règle de la déconcentration qui conduit à faire du préfet l'autorité compétente peut perdurer, puisque celles-ci mettent en jeu un intérêt général moindre.

477. Ce pouvoir d'avis du Conseil national des fondations en matière de création de fondations n'exclurait évidemment pas que le Conseil national des fondations exerce, comme cela est déjà prévu par les textes, sa mission générale d'information par le biais d'un rapport annuel sur les fondations.

478. Si cette réforme venait à voir le jour, la limite à la liberté de fonder que constitue la soumission des fondations à une autorisation préalable serait incontestablement assouplie. Il existe d'autres entraves à la création de fondations qui sont liées à la qualification de libéralité de l'acte de fondation. L'étude précédemment menée a en effet permis de constater que l'acte d'affectation de biens appartenait dans la plupart des cas à la catégorie des libéralités (pures et simples ou avec charges). Cette appartenance, en tant qu'elle détermine le régime juridique applicable à l'acte de fondation, porte en elle-même des germes de difficultés et amène à s'interroger sur l'opportunité de consacrer un acte de fondation spécifique.

¹ En ce sens, A. Demichel, thèse préc., tome 1, p. 206.

CHAPITRE II- EXISTENCE D'UNE AFFECTATION DE BIENS ET ACTE DE FONDATION : APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE CONSACRER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE.

479. Dans l'appréciation de l'efficacité de l'acte de fondation et dans la recherche, le cas échéant, de solutions, il paraît utile d'établir une distinction selon que la technique d'affectation de biens à une œuvre d'intérêt général prend ou non la forme de la création d'une personne morale. Il est vrai que la technique d'affectation de biens par leur transmission à une personne préexistante a pu être présentée comme un mode auxiliaire de création de fondation voire un expédient¹, un pis aller destiné à pallier l'absence de liberté de création de la personne morale-fondation et, jusqu'à récemment, l'impossibilité de créer une fondation post-mortem. On ne peut toutefois ignorer que les fondations non personnalisées peuvent être préférées aux fondations personnalisées dans la mesure où elles nécessitent un investissement financier initial moindre. Les fondations non personnalisées représentent en effet un moindre coût pour le fondateur puisque la gestion de l'œuvre est confiée à un tiers qui dispose déjà d'une structure administrative toute prête.

480. La distinction selon que la création de fondations s'inscrit ou non dans le cadre du mécénat d'entreprise ne paraît en outre pas s'imposer, car la qualification de l'acte de fondation est identique² quel que soit le but recherché par le fondateur. Il est vrai, toutefois, que les entreprises fondatrices ne sont pas concernées par les difficultés de création de fondations post-mortem, d'abord parce que la plupart d'entre elles sont des

¹ Cf. R. Saleilles, Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations, op. cit., p. 358, n° 2.

² Cf. supra, n° 99 et s.

personnes morales, ensuite et surtout parce que le mécénat d'entreprise, en tant qu'instrument de communication, n'a évidemment de sens que du vivant de l'entrepreneur.

SECTION I- DE L'OPPORTUNITÉ D'INSTITUER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE POUR LA CREATION DES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.

481. Un rappel des critiques adressées à l'acte créateur de fondations non personnalisées s'avère nécessaire avant de tenter de proposer des éléments de solution.

Paragraphe I- Rappel des lacunes du droit positif.

482. Il ne peut être reproché à la théorie des libéralités avec charge de ne pas donner effet à l'acte de fondation. Il a pu, en effet, être constaté que la jurisprudence a su trouver un remède à l'inexistence ou à l'incapacité de l'organisme récipiendaire désigné par le fondateur ainsi qu'au refus de ce dernier d'accepter la libéralité grevée de charge. Ce qui suscite la critique c'est l'entorse aux principes successoraux générée par l'application de la théorie des libéralités à l'acte de fondation.

483. Ainsi, M^{elle} Bouyssou dénonçait-elle l'acte de fondation comme un obstacle à l'élaboration d'une théorie cohérente des libéralités avec charge¹. A la vérité, son courroux visait essentiellement le legs avec charge de fonder auquel elle reproche de démériter la qualification de libéralité, car le disposant n'est animé d'aucune intention libérale envers l'intermédiaire qui, d'ailleurs, ne reçoit aucun émolument. De ce fait, l'acte de fondation dénaturerait la notion de libéralité, car « un legs qui ne confère ni ne vise à conférer le moindre émolument soit dénature la notion de libéralité (qui suppose un élément matériel et un élément intentionnel), soit fait éclater le legs en deux catégories (ceux qui sont des libéralités et ceux qui n'en sont pas) »².

484. Aussi, M^{elle} Bouyssou appelait-elle de ses vœux la consécration légale du legs direct à fondation future. Comme le législateur a répondu à son attente, on pourrait penser

¹ Thèse préc., n° 124.

² M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, op. cit., n° 8.

que la critique est aujourd'hui dépassée. Pareille déduction ne serait toutefois exacte que si l'objection tirée de la dénaturation de la notion de libéralité ne pouvait pas être étendue aux fondations non personnalisées. Or, on sait que la fondation par transmission de biens à une personne préexistante moyennant l'obligation pour cette dernière de donner aux biens la destination voulue n'exclut pas toujours l'existence d'un avantage objectif, donc d'un acte libéral. Il en est ainsi lorsque l'affectation stipulée est conforme aux attributions de l'accipiens¹. Dans l'hypothèse inverse (celle de la non-conformité entre l'affectation et les attributions de l'accipiens), s'il est vrai que la jurisprudence conclut à la gratuité de la fondation par acte à cause de mort malgré l'absence d'avantage objectif, cette qualification n'est pas inéluctable².

485. Toutefois, même lorsque l'acte de fondation réalise une libéralité véritable, il est impossible d'ignorer qu'au cas de fondation, la charge revêt un aspect particulier qui la distingue de son acception usuelle. Alors que d'ordinaire la charge d'une libéralité n'est que l'accessoire d'une disposition libérale, le disposant ayant eu principalement en vue de gratifier une personne avant que d'obtenir l'exécution de la charge, au cas de fondation, la charge devient la cause même de l'acte libéral. Ainsi, même lorsque le disposant a grevé la libéralité d'une charge imposée dans l'intérêt d'un tiers (comme, par exemple, la libéralité avec charge de servir une rente viagère à un tiers), il stipule avant tout dans l'intérêt du gratifié immédiat. En matière de fondation, le fondateur entend *d'abord* créer un service d'intérêt général. Même si, ce faisant, le disposant gratifie la personne morale affectataire, la création du service d'intérêt général primera souvent dans l'esprit du disposant sur la personne du « chargé d'affectation »³. Cette circonstance explique que la jurisprudence n'ait pas hésité à « remplacer », comme bon lui semblait, le chargé d'affectation, voire à le créer de toutes pièces. Or, que la personnalité du gratifié si importante dans le Droit des libéralités devienne un aspect secondaire, une simple « modalité conditionnelle » est chose choquante. La gravité de la critique mérite qu'on y apporte la réplique.

¹ Cf. supra, n° 50 et s.

² Cf. supra, n° 80.

³ En revanche, que la libéralité avec charge soit une technique utilisée pour récompenser une catégorie de personnes (que leur indétermination ne permet pas de gratifier directement) n'est pas choquant en soi et apparaît, au contraire, comme une utilisation intelligente des instruments juridiques.

Paragraphe II- Les solutions.

486. L'étude montrera qu'il n'est nul besoin d'introduire dans notre Droit positif de nouvelles figures (I) et que la Fondation de France constitue le mécanisme approprié (II).

I- Les solutions envisageables.

487. Parmi les modifications du droit positif envisageables, deux orientations peuvent être distinguées. L'une d'elles nie la nécessité même du recours à un intermédiaire et par là-même, celle d'une transmission de biens (A). L'autre orientation, sans contester l'utilité de faire appel à un intermédiaire, propose de recourir à la fiducie plutôt qu'à la technique de la libéralité avec charge (B).

A- Examen de l'introduction en Droit français d'un acte unilatéral d'affectation.

488. La proposition d'introduire en droit français un acte unilatéral d'affectation part du postulat que la création de fondation par transfert de biens à une personne morale préexistante s'explique par l'impossibilité pour un individu d'isoler au sein de son patrimoine une masse de biens qui serait affectée à une œuvre d'intérêt général. Cette impossibilité résulte du fameux et traditionnel principe d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine exposé par Aubry et Rau et résultant de la conception personnaliste du patrimoine. Le rattachement opéré par Aubry et Rau de la notion de patrimoine à celle de personnalité juridique est tel que ces auteurs en arrivent à confondre le patrimoine avec la personnalité juridique¹, le patrimoine étant pour eux « la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a pu ou il pourra avoir

¹ Pour une explication de la confusion opérée par la doctrine classique entre patrimoine et personnalité juridique, cf. G. Wicker, thèse préc., n° 191. Pour cet auteur, « c'est faute d'avoir distingué la personne juridique de la personne humaine que la théorie classique en vient à confondre le patrimoine avec la personnalité juridique. Le patrimoine, qui rassemble les droits et obligations de la personne, apparaît comme la seule représentation juridique de celle-ci, -ce qui conduit alors à l'assimiler à la personnalité juridique,- parce que l'aptitude à être sujet de droit est considérée comme une qualité naturelle inhérente à l'homme. Or, cette aptitude « correspondrait à un attribut juridique, et non à une qualité naturelle, la capacité de jouissance, dont l'octroi relève de l'office du législateur ».

des droits à exercer »¹. Ainsi du fait de l'unité de la personne, le patrimoine ne serait pas susceptible de division.

489. La théorie personnaliste du patrimoine a fait l'objet de nombreuses critiques², qui n'ont pourtant pas réussi à l'ébranler³. Elle est cependant impuissante à expliquer l'existence d'hypothèses dans lesquelles plusieurs patrimoines coexistent sur la tête d'une même personne⁴ (cf. par ex., en droit des successions, la séparation des patrimoines, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ; en droit maritime, la possibilité pour l'armateur, au terme de la loi du 3 janvier 1967, de créer un patrimoine maritime qui répond des dettes nées au cours de l'exécution et plus récemment, les fonds communs de placement ou les fonds communs de créance et en droit commercial, la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle qui organise un patrimoine professionnel⁵). Il est alors tentant de considérer que ce qui fonde l'union entre les éléments du patrimoine ce n'est pas la personne juridique mais plutôt l'existence d'une affectation de biens. Telle est la démonstration à laquelle se sont essayés les tenants de la théorie des patrimoines sans sujet ainsi que les théoriciens des patrimoines d'affectation. Pour eux, le fondement du patrimoine doit être trouvé non dans la personne mais dans le but. Aussi, le patrimoine pourrait-il être détaché de la personne pour appartenir à sa destination.

490. Parce qu'elle nie la notion de sujet de droit, la théorie des patrimoines sans sujet ne pouvait être acceptée par notre système juridique⁶. La théorie des patrimoines d'affectation en ce qu'elle a maintenu le lien entre le patrimoine et le sujet a connu davantage de succès. Elle concilie la théorie classique et la théorie du patrimoine

¹ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, tome 9, 5^{ème} éd., par E. Bartin, Paris, Marchal et Billard, 1917, paragraphe 573, p. 344, note 6.

² Cf. notamment, F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1899, p. 116 et s. et spéc., n° 67, p. 126, qui lui reproche son excessive abstraction ; H. Gazin, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910 ; A. Gardey, De la saisine héréditaire dans ses rapports avec l'obligation indéfinie aux dettes, thèse Bordeaux, 1906 ; G. Plastara, La notion juridique de patrimoine, thèse Paris, 1903 ; O. Jallu, Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel, thèse Paris, 1902. On a même pu faire de la théorie du patrimoine d'affectation le critère de la personnalité juridique : cf. R. Percerou, La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.

³ En ce sens, A.M Leroyer, thèse préc., n° 301, qui note que « paradoxalement, l'ensemble des critiques avait contribué à diffuser le principe et à l'asseoir ».

⁴ Sur cette question, cf. A-M Leroyer, thèse préc., n° 447 et s. ; P. Crocq, thèse préc., n° 212.

⁵ Il est vrai cependant que l'entrepreneur individuel demeure tenu sur l'ensemble de son patrimoine.

⁶ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 387 ; G. Wicker, thèse préc., n° 193.

d'affectation en reconnaissant que, si le lien établi entre le patrimoine et la personne est fondé puisque « les biens extérieurs ne sont considérés par le droit que dans leurs relations avec les fins poursuivies »¹, les fins poursuivies sont multiples et la théorie unitaire du patrimoine ne peut suffire. Ainsi, l'affectation constitue le fondement de l'unité du patrimoine et autorise la distinction au sein du patrimoine général de la personne de plusieurs patrimoines spécialisés correspondant pour chacun à un but spécifique. Les buts poursuivis peuvent d'ailleurs être la liquidation des biens, leur conservation ou encore leur administration.

491. En ce qu'elle permet le fractionnement du patrimoine en plusieurs entités autonomes, la théorie des patrimoines d'affectation a convaincu beaucoup d'auteurs². Si des divergences se font sentir, c'est sur les caractères que doit présenter le but susceptible de fonder la constitution d'un patrimoine spécialisé. La volonté du sujet ne peut en effet suffire à établir un patrimoine distinct parce qu'entrent en jeu des considérations de sécurité juridique³. La constitution d'un patrimoine spécialisé a pour résultat d'affecter prioritairement une partie des biens à certains créanciers⁴, les faisant ainsi échapper à l'emprise du droit de gage des créanciers chirographaires antérieurs. Aussi, le but poursuivi devrait-il présenter pour certains « un caractère objectif minimal »⁵. Pour M. Guinchard, le but spécifique, supérieur justifiant l'autonomie d'une masse de biens devrait être un intérêt collectif⁶, plus précisément l'intérêt d'un groupe de personnes, reconnu, pour des motifs d'opportunité ou de politique juridique, par un acte de l'autorité publique⁷.

492. La possibilité pour le fondateur d'isoler une masse de biens affectée à l'œuvre d'intérêt général se heurte alors au double obstacle de l'existence d'un intérêt collectif et de sa reconnaissance par l'autorité publique. Or, la caractérisation des bénéficiaires de la

¹ F. Cohet-Cordey, La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, R.T.D.C. 1996, n° 2, p. 820, qui note que la paternité de cette formule est incertaine tant elle a été utilisée.

² V. par ex., S. Guinchard, thèse préc., n° 389 ; G. Wicker, thèse préc., n° 195 et s. ; A.M Leroyer, thèse préc., n° 451 et s. Contra, F. Cohet-Cordey, loc. cit., p. 819 et s.

³ En ce sens, S. Guinchard, thèse préc., n° 399.

⁴ En ce sens, G. Wicker, thèse préc., n° 195.

⁵ Ibid., n° 195.

⁶ La difficulté est alors ramenée à la définition de la notion d'intérêt dont on s'est plu à rappeler son insaisissabilité : en ce sens, E. Gaillard, Le pouvoir en Droit privé, Economica, 1985, n° 283.

⁷ S. Guinchard, thèse préc., n° 399.

fondation peut s'avérer difficile, car ceux-ci peuvent se confondre avec la globalité de la société voire avec la collectivité humaine dans son ensemble.

493. Même si l'on parvient à vaincre cet obstacle, la consécration dans notre Droit positif d'un acte opérant scission d'une masse de biens affectée à une œuvre d'intérêt général au sein du patrimoine du fondateur n'est guère souhaitable pour des raisons tant théoriques que pratiques.

Pratiquement, il faudrait envisager l'affectation volontaire par le fondateur de biens, nommément désignés, au fonctionnement de l'œuvre d'intérêt général. Pour éviter toute confusion avec le patrimoine général du fondateur, les biens affectés à l'intérêt général devraient être déterminés dès l'origine dans leur contenu et soumis à publicité¹. De plus, toute modification de la consistance (augmentation ou réduction) du patrimoine affecté serait soumise, mutatis mutandis, aux mêmes règles de publicité que celles qui régissent l'affectation initiale. Dès lors, un tel mécanisme devrait sacrifier à un formalisme important. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui expliquent que, dans le domaine voisin de l'entreprise individuelle, la société unipersonnelle fut préférée à la technique du patrimoine d'affectation² et ce malgré la préférence de la doctrine³ pour le patrimoine d'affectation et la variété des propositions avancées en ce domaine⁴.

494. Abstraction faite des difficultés liées à la mise en œuvre de l'affectation, la constitution d'un patrimoine spécialisé ne paraît pas de nature à satisfaire aux besoins de la constitution et de la gestion des fondations.

Ce faisant, le fondateur se verrait en effet réduit à la condition d'agent juridique⁵ exerçant de simples pouvoirs sur les biens affectés alors même que juridiquement il serait propriétaire de ces biens. Il est vrai que l'existence du droit de propriété est indifférente à

¹ Sauf à exiger du fondateur, comme le fait le projet de loi sur la fiducie pour le fiduciaire, qu'il prenne toutes mesures pour éviter la confusion.

² Cf. les débats de l'assemblée nationale, 1^{ère} séance du 11 avril 1985, J.O 1985, Débats, p. 142.

³ Cf. par ex., P. Serlooten, L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, D. 1985, chron., p. 187 et s. ; Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L, D. 1986, chron., p. 249 et s.

⁴ Cf. par ex., C. Champaud, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire E.P.R.L. dans le droit français, R.T.D. Com. 1979, p. 579 et s. ; Etudes du C.R.E.D.A, L'entreprise personnelle, tome 2, critique et prospective, Litec, 1983 sous la direction de A. Sayag ; D. Alibert, A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978, p. 63 et s.

⁵ Au sens ou l'entend M. Gaillard c'est-à-dire dans le sens du titulaire d'un pouvoir c'est-à-dire du titulaire de l'aptitude d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques contraignants pour autrui (thèse préc., n° 329 et s.).

la restriction par une disposition légale ou conventionnelle des modes d'utilisation des biens¹ puisqu'il est un pouvoir virtuel et non un pouvoir physique. Ainsi, personne n'a jamais nié que le donataire ou légataire avec charge soit réellement propriétaire des biens objet de la disposition gratuite. Mais la qualité de propriétaire du donataire ou légataire avec charge se reconnaît au fait que les biens affectés font partie du gage de leurs créanciers. Or, les prérogatives du fondateur sur le patrimoine spécialisé seraient non seulement déterminées par le but d'intérêt général c'est-à-dire exercées dans un intérêt autre que l'intérêt indifférencié du fondateur, mais elles ne produiraient effet que dans ce patrimoine différencié, caractérisant ainsi l'existence d'un pouvoir². Le fondateur s'apparenterait davantage à un « représentant » du patrimoine fondatif qu'à un véritable propriétaire. Sans doute l'analogie avec le représentant ne serait pas totale puisque le patrimoine fondatif ne serait pas personnalisé donc titulaire de droits susceptibles d'être exercés en son nom par un autre, mais le fondateur serait à tout le moins titulaire de pouvoirs qu'il exercerait pour le compte d'autrui c'est-à-dire de l'œuvre d'intérêt général³. La ressemblance avec les pouvoirs d'un représentant est telle qu'on a pu écrire que la réalisation de l'affectation produit « un fractionnement de la capacité d'exercice de la personne, désormais limitée à son patrimoine général » et que « pour le reste, elle se transmue en autant de pouvoirs de *représentation*, ou compétences délégués, que de patrimoines spécialisés »⁴. Et l'auteur de cette opinion de conclure que la gestion d'un patrimoine spécialisé induirait nécessairement la constitution d'une personne juridique nouvelle⁵.

¹ V. M. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, R.T.D.C. 1997, p. 583 et s. et spéc., p. 590, qui rappelle que l'usus et le fructus ne participent pas nécessairement du droit de propriété, puisqu'ils peuvent être conférés à un tiers.

² V. E. Gaillard, thèse préc., n° 21 et s.

³ Rappr. E. Gaillard, thèse préc., n° 332, pour lequel « la notion de représentation apparaît... comme le genre d'une espèce plus vaste qu'est le pouvoir ». Comp. M. Storck, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 172, 1982, préface de D. Huet-Weiller, n° 279, qui qualifie les pouvoirs des époux mariés sous un régime de communauté sur les biens communs ou encore les pouvoirs qu'a chacun des époux au terme de l'article 220 du Code civil de pouvoirs propres exercés en leur nom pour le compte de l'indivision ou du ménage.

⁴ G. Wicker, thèse préc., n° 196 (c'est nous qui soulignons).

⁵ Ibid. Cette idée permet à M. Wicker d'envisager la conciliation de la théorie classique et la théorie moderne du patrimoine d'affectation : « dans la mesure où elle constitue le fondement de l'unité du patrimoine, universalité de droit, la notion d'affectation permet d'admettre la divisibilité du patrimoine général de la personne afin que soit reconnue l'autonomie d'un ou plusieurs patrimoines spécialisés. Au-delà, cependant, elle est inapte à rendre compte du régime juridique applicable à chacune de ces masses de biens distinctes. A cet effet, il est alors nécessaire de recourir à la notion de personne juridique » (thèse préc., n° 197).

495. Même si l'on n'adhère pas pleinement à cette opinion, il est pour le moins loisible de remarquer que la constitution d'un patrimoine spécialisé au sein du patrimoine général du fondateur n'est pas adaptée aux fondations dans la mesure où l'œuvre d'intérêt général n'aurait qu'un temps, celui de la vie du fondateur, (tout au moins s'il s'agit d'une personne physique). La pérennité de l'affectation induit en effet la transmission du patrimoine spécialisé grevé de la même affectation. Or, l'affectation de biens ne peut empêcher la dévolution par décès de l'ensemble du patrimoine aux héritiers.

Toutes ces raisons militent en faveur du recours à une personne juridique extérieure au fondateur.

B- Le recours à un intermédiaire de transmission comme mécanisme de substitution à la technique de la libéralité avec charge.

496. L'idée de faire appel à un intermédiaire de transmission évoque immédiatement le mécanisme du trust, institution bien connue du droit anglo-saxon¹. Le trust s'analyse comme la relation par laquelle une personne (le constituant) reçoit la propriété de biens à charge pour lui de les gérer dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes (le cestui que trust). L'intégration du mécanisme juridique dans notre Droit positif heurte de front les concepts juridiques du Droit français et notamment le concept de propriété. Le trust engendre, sinon un démembrement, du moins une division, un éclatement de la propriété, ce dernier étant partagé entre le trustee qui dispose de la propriété légale (legal ownership) et le cestui que trust qui se voit conférer une propriété en équité (equitable ownership). Le trustee ne peut être assimilé à un propriétaire puisqu'il ne doit tirer aucun profit personnel des biens mis en trust, qui ne font pas partie de son patrimoine ; le cestui que trust, quant-à-lui, est titulaire d'un droit qui participe à la fois du droit personnel et du droit réel².

¹ On a ainsi pu rapprocher le trust de la fondation : v. par ex., A. Schnitzer, Le trust et la fondation dans les conflits de lois, *Revue crit. dr. int. priv.* 1965, p. 479 et s. et spéc., p. 484, selon qui « l'institution que l'on trouve dans les droits d'origine romaine et qui ressemble peut-être le plus au trust est la fondation, puisqu'elle peut servir à des buts semblables ». La comparaison ne nous semble pas justifiée dans la mesure où le trust se présente comme une institution à finalités multiples, qui peuvent être d'intérêt privé, contrairement à la fondation. De plus, la fondation ne peut être considérée comme un mode de gestion du patrimoine d'autrui.

² En ce sens, P. Crocq, thèse préc., n° 185, qui démontre que la dissociation des prérogatives liées à la propriété est « inséparable de la distinction de la common law et de l'equity », le droit reconnu au cestui que trust n'étant que « le droit d'obtenir le respect d'un devoir de conscience progressivement imposé par l'equity » ; dans le même sens, H. Motulsky, De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1948, p. 451 et s., selon qui le trustee « est

Dès lors, le trust ne peut être transposé tel quel dans notre droit positif¹. Il a cependant inspiré l'institution de la fiducie.

497. La fiducie s'analyse, selon le projet de loi du 20 février 1992², en un contrat par lequel une personne (le constituant) transfère un ou plusieurs biens ou droits à une autre (le fiduciaire) qui doit en faire un usage déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires et auxquels il doit, une fois sa mission achevée, restituer les biens.

498. En fonction des diverses finalités possibles, on distingue plusieurs fiducies. Dans la fiducie-gestion, le transfert de propriété est motivé par le souci de donner au fiduciaire les moyens d'une gestion efficace soit dans l'intérêt d'un tiers que le constituant veut

titulaire de droits qui sont mélangés de propriété et d'administration d'un bien d'autrui » (loc. cit., n° 15) et le cestui que trust « occupe une position juridique qui participe en même temps de la créance et de la propriété » (loc. cit., n° 15). Contra, A. Schnitzer, loc. cit., p. 492, qui fait de l'introduction du trust dans les pays de civil law une question de politique juridique.

¹ En ce sens, R. Panhard, *Le traitement des trusts en droit français*, J.C.P. 1987, éd. N, I, p. 27 et s. et spéc., p. 30 ; H. Motulsky, loc. cit., p. 461 et s. : la raison en est pour cet auteur que le « trust participe du droit réel et que le *numerus clausus* des droits de cette catégorie s'oppose à toute innovation due à la volonté des particuliers » (loc. cit., n° 17). V. également, P. Crocq, thèse préc., n° 185, selon qui « la superposition de droits sur le bien créée par le trust est indissociable d'un système juridique distinguant *common law* et *equity* ».

La particularité du mécanisme du trust explique sans doute la difficulté éprouvée par les juges français à faire produire effet aux trusts constitués en Angleterre ou en Italie (sur cette question, cf. J.P. Béraudo, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, L.G.D.J., 1992, p. 195 et s.). Si dans un premier temps il semble que la jurisprudence ait tenté, avec plus ou moins de réussite, de faire entrer le trust dans les catégories juridiques françaises (en assimilant le trustee à un légataire universel, un exécuteur testamentaire ou à un mandataire), il semble que les juges français aient désormais pris le parti de reconnaître la véritable nature du trust : en ce sens, A. Gobin et L. Maerten, *Nouvelles perspectives du trust en France*, J.C.P. 1985, éd. N, I, p. 391 et s. et spéc., n° 35 et s. ; R. Panhard, loc. cit., p. 27 et 29, qui illustrent notamment leurs propos par l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Bayonne en date du 28 avr. 1975 (J.C.P. 1975, II, 18168, note R.B.). La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, signée par la France réserve d'ailleurs l'application de « des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté » (article 15 de la Convention).

Pour un exemple récent de la difficulté d'intégrer le trust en droit français : cf. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 1996, Bull. civ. I, n° 98, p. 63 et sur renvoi Paris, 7 avr. 1999, D. 1999, I.R., 146 (à propos de la détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust) ; voy. également sur l'arrêt du 20 fév. 1996, Y. Lequette, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, D. 1996, chr., 231.

² Il s'agit plus précisément du projet n° 2583 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale 20 février 1992. Ce projet semble avoir rencontré des difficultés liées à la fiscalité de la fiducie-gestion. Il a été retiré de l'ordre du jour du Conseil des ministres au printemps 1995 ; son adoption ne paraît donc plus d'actualité : en ce sens, P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil*, tome 4, *Les biens*, La publicité foncière, 4^{ème} éd., par P. Théry, Cujas, 1998, n° 767 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, *Les biens*, op. cit., n° 86. Il faut tout de même signaler que l'idée n'en est pas complètement abandonnée puisqu'à l'occasion d'un rapport sur la modernisation du droit des sociétés, (*La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, 1996, p. 29) M. le sénateur Marini a proposé de recourir à la fiducie comme technique de garantie ou comme technique de transmission d'entreprises. Selon l'auteur du rapport, « cela permettrait en outre d'éviter la prolifération de fiducies innommées à statuts particuliers comme les fondations d'entreprise ou les fonds communs de créance ».

gratifier (on nomme cette opération fiducie-libéralité) soit dans l'intérêt du constituant (il s'agit alors de fiducie-gestion pour le compte du fiduciant). Dans la fiducie-sûreté, le transfert de propriété est motivé par la volonté du constituant de donner au fiduciaire une sûreté efficace pour garantir sa dette envers lui.

Parmi les multiples applications possibles, la fiducie, plus précisément la fiducie-libéralité, a été préconisée par de nombreux auteurs¹ pour la création de fondation. Celle-ci consiste pour le constituant à transférer des biens au fiduciaire à charge pour lui de les gérer et de les transmettre, à son tour, au gratifié à l'issue d'une période déterminée.

499. Par rapport au mécanisme de la libéralité avec charge, la fiducie-libéralité présenterait, selon M. Witz, des avantages tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Au plan théorique, la qualification de libéralité, même avec charge, du rapport juridique existant entre disposant et accipiens ne se justifie nullement, selon lui, puisque le disposant n'est animé d'aucune intention libérale envers l'accipiens qui ne reçoit, en outre, aucun avantage objectif. La fiducie met, elle, l'accent « sur la particularité des rapports juridiques existant entre le disposant et le tiers intermédiaire : quoiqu'ayant acquis sans contrepartie la totalité du contenu des droits qui composent la libéralité, le fiduciaire n'est, cependant, nullement gratifié par le disposant »². De plus, la qualification de contrat à titre onéreux permet de soustraire l'accipiens au respect des règles de capacité de recevoir à titre gratuit. Conformément à cette vision des choses, le contrat de fiducie, tel qu'issu du projet de loi, est, semble-t-il, à titre onéreux, les obligations à la charge du fiduciaire étant la contrepartie du transfert de propriété³.

Au plan pratique, le recours à la fiducie peut, selon M. Witz, se révéler utile lorsqu'aucune personne morale n'a pour objet légal ou statutaire l'activité d'intérêt général souhaitée par le fondateur⁴. Le principe de spécialité interdit, en effet, à une personne

¹ Cf. par ex., C. Witz, thèse préc., n° 95 et s. ; M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, loc. cit., n° 3, p. 902 ; J. Dufax, Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité, in Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg, sept. 1984, FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 113 et s. ; J. Charlin, La fiducie-libéralité, Essai de synthèse en vue d'un contrat, in Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg, sept. 1984, FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 135 et s.

² C. Witz, thèse préc., n° 98.

³ En ce sens, J. de Guillenchmidt, Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie, Revue de droit bancaire et de la bourse, mai-juin 1990, p. 105 et s. et spéc., p. 106 ; C. Jauffret-Spinosi, Trust et fiducie, Etudes Sayag, Creda, Litec, 1997, p. 329 et s. et spéc., p. 335.

⁴ C. Witz, thèse préc., n° 91. On remarquera que le recours à la fiducie ne permet pas de pallier l'absence de

morale de recevoir des biens grevés d'une affectation non conforme à ses attributions légales ou statutaires¹.

500. Il nous semble, au contraire, que le recours à la fiducie-libéralité doit être rejeté parce que la fiducie-libéralité nous paraît réaliser une modification du droit de propriété (a) et qu'elle ne convient pas au mécanisme de la fondation (b).

a- Compatibilité de la fiducie-libéralité avec le droit de propriété.

501. Il est aisé de remarquer la particularité de la propriété fiduciaire. Ainsi, le fiduciaire ne peut pas s'approprier les fruits produits par les biens mis en fiducie, pas plus qu'il ne lui est possible d'user et d'aliéner les biens pour son propre compte. En d'autres termes, il ne peut tirer profit des utilités de la chose. En fait, le fiduciaire ne dispose du droit de propriété que pour la réalisation d'un objectif déterminé, sa propriété devenant « un simple instrument au service d'une finalité particulière »². Il y aurait en conséquence une dissociation entre propriété économique et propriété juridique ou encore entre propriété de la valeur et propriété de l'utilité, évoquant la décomposition féodale du domaine utile et du domaine éminent³ et qui serait peu compatible avec l'absolutisme du droit de propriété exprimé dans l'article 544 du Code civil.

502. M. Crocq a cependant démontré dans sa thèse la comptabilité de la propriété-garantie avec l'absolutisme du droit de propriété⁴. A cette fin, il rappelle que le droit de propriété est conçu par l'article 544 du Code civil comme un droit susceptible de limitations. Il remarque d'ailleurs que l'évolution du droit de propriété est marquée par le développement des restrictions aux prérogatives du propriétaire, qu'il s'agisse de limitations imposées dans un intérêt particulier ou dans l'intérêt général⁵. Enfin, les

désignation par le testateur de l'intermédiaire de transmission. En effet, la transmission de biens ne peut qu'avoir une origine contractuelle. Le projet de loi sur le fiducie n'a pas institué les « implied trusts » (ou trusts implicites) connus du Droit anglais.

¹ Sur le principe de spécialité, cf. supra, n° 135 et s.

² P. Malaurie et L. Aynès, Les biens, La publicité foncière, op. cit., n° 757.

³ En ce sens, J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, op. cit., n° 89.

⁴ Pour une autre explication de la compatibilité de la propriété-garantie avec l'absolutisme du droit de propriété liée à la nature extrapatrimoniale du droit de propriété, cf. B. Lotti, Le Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, thèse Paris XI, 1999, n° 431.

⁵ P. Crocq, thèse préc., n° 87 et s.

limitations aux prérogatives du propriétaire peuvent, selon lui, valablement se réaliser, car l'absolutisme du droit de propriété confère à son titulaire un pouvoir d'autolimitation¹. L'analyse, de par sa généralité, peut être reconduite pour la fiducie-libéralité.

503. Elle ne vaut néanmoins que si les limitations du droit de propriété ne traduisent pas un démembrement de la propriété qui en dénaturerait l'essence. Le démembrement du droit de propriété suppose la reconnaissance au profit d'un tiers d'un droit réel sur la chose d'autrui², c'est-à-dire pour notre matière d'un droit réel au profit des tiers bénéficiaires de la fondation. Or, le mécanisme fiduciaire fait du fiduciaire le seul propriétaire du bien, les tiers bénéficiaires ne disposant d'aucun droit réel sur les biens affectés³. Dès lors la limitation des pouvoirs consentie par le fiduciaire résulte de son acceptation d'une obligation personnelle d'utiliser les biens, voire d'en disposer dans l'intérêt de la fondation et non d'un démembrement de propriété. D'ailleurs, une fiducie qui ferait naître une obligation réelle à la charge du fiduciaire ne pourrait être que temporaire dans la mesure où « l'essence du droit de propriété se trouve dans sa faculté à se reconstituer, à retrouver la plénitude des prérogatives »⁴. Ainsi s'explique que le titulaire d'une servitude ou l'usufruitier ne peuvent être qualifiés de propriétaires⁵. Il en résulte que la reconnaissance d'un droit réel au profit des tiers bénéficiaires de la fondation serait incompatible avec l'essence du droit de propriété puisque la fondation se caractérisant par l'affectation pérenne de certains biens, les tiers bénéficiaires de la fondation n'auraient jamais vocation à devenir propriétaires des biens affectés.

¹ P. Crocq, thèse préc., n° 93.

² En ce sens, P. Crocq, thèse préc., n° 95 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens, La publicité foncière*, op. cit., n° 765.

³ En ce sens, C. Pisani, *La fiducie*, Rép. Déf. 1990, art. 34772, n° 3 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens, La publicité foncière*, op. cit., n° 765. Cf. cependant, M. Grimaldi, *Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie*, Rép. Déf. 1991, art. 35094, n° 58, qui fait du bénéficiaire le titulaire d'un droit réel à l'encontre du tiers de mauvaise foi. Il se fonde pour ce faire sur l'article 2068 du Code civil prévu dans le projet de loi relatif à la fiducie qui dispose que « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur les biens et droits objet du contrat, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs ». Cette analyse a été réfutée par M. Crocq (thèse préc., n° 202, note 5) pour lequel cet article ne fait que réitérer la solution applicable au cas où le bénéficiaire est titulaire d'un droit personnel, dans le but de rassurer les tiers.

⁴ P. Crocq, thèse préc., n° 98.

⁵ Ibid.

504. Si la fiducie ne consacre pas un démembrement de propriété, elle n'en confère pas moins au fiduciaire des prérogatives de nature particulière au regard du droit de propriété¹. Il en va tout particulièrement ainsi pour cette variété de fiducie-gestion qu'est la fiducie-libéralité dans la mesure où elle implique un comportement actif et continu du fiduciaire tenant à la gestion des biens. En ce qu'elles sont finalisées, les prérogatives du fiduciaire s'apparentent davantage à celles du titulaire d'un pouvoir qu'à celles d'un propriétaire. La « fonctionnalisation » des prérogatives du fiduciaire, l'obligation qui lui est faite d'administrer les biens mis en fiducie conformément aux prescriptions du constituant font du fiduciaire plus un agent juridique qu'un propriétaire. En effet, le fiduciaire agit dans un intérêt différent du sien et engage, par l'exercice de sa volonté, la masse fiduciaire et non son patrimoine général. La particularité des prérogatives du fiduciaire apparaît d'ailleurs dans certaines dispositions du projet de loi sur la fiducie. Il est ainsi exigé du fiduciaire qu'il présente des garanties de compétence et de moralité, qui sont calquées pour certaines sur les aptitudes requises pour exercer les charges tutélaires (interdiction d'exercer pour les personnes ayant fait l'objet d'une mesure d'interdiction de gérer, d'administrer ou de contrôler une entreprise)². De la même manière, le contrôle des actes du fiduciaire³ et les sanctions civiles ou pénales auxquelles il s'expose au cas où il dépasserait les pouvoirs sont calqués sur ceux d'un représentant plus que sur ceux d'un propriétaire⁴. C'est dire toute l'ambiguïté entourant la qualité de fiduciaire¹.

¹ Ainsi, pour M^{me} Jauffret-Spinosi, il s'agit d'un « nouveau droit de propriété » (loc. cit., p. 336). Dans le même ordre d'idées, M. Grimaldi fait remarquer que le texte de l'article 2062 du projet de loi se contente de viser un transfert de biens sans autre précision (Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie, loc. cit., n° 33).

² En ce sens, M. Grimaldi, Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie, loc. cit., n° 39.

³ Ainsi selon l'article 2070-1 du Code civil (tel que prévu dans le projet de loi relatif à la fiducie), « le fiduciaire exerce sa mission dans le respect de la confiance du constituant. Si le fiduciaire manque gravement à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant ou les bénéficiaires peuvent demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire ou le remplacement du fiduciaire ». Certains ont pu jugé ce mécanisme de contrôle du fiduciaire insuffisant. Le juge est en effet lié par la volonté des parties et ne peut modifier le contenu du contrat de fiducie que dans le cadre de la loi (en ce sens, C. Jauffret-Spinosi, loc. cit., p. 334). On a alors proposé l'institution par le constituant d'un censeur investi de pouvoirs d'information et de consultation et pouvant saisir le juge en cas de difficulté : Institut la Boétie, Développer la philanthropie : pour un trust à la française, Institut la Boétie, 1991, p. 17 et 32.

⁴ En ce sens, M. Cantin Cumyn, L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique, D. 1992, chr., p. 117 et s. et spéc., n° 8 et s. qui relève que certaines dispositions de l'avant-projet de loi sur la fiducie s'expliquent par la qualité de propriétaire du fiduciaire alors que d'autres se rattachent à l'idée qu'il exerce une charge. Pour l'auteur « ces questions auxquelles le régime du droit de propriété ou plus généralement du droit subjectif, n'apporte pas de réponses pertinentes trouveraient d'emblée une solution acceptable si l'avant-projet reconnaissait que le fiduciaire n'exerce qu'une charge pour laquelle il dispose non pas de droits mais de pouvoirs » (loc. cit., n° 9). Dans le même sens, v. A. Bénabent, La fiducie

A cette ambiguïté dans le statut du fiduciaire s'ajoute un obstacle majeur au recours à la fiducie qui tient à l'incompatibilité du mécanisme de la fiducie avec celui de la fondation.

b- Fiducie-libéralité et notion de fondation.

505. La fiducie, telle qu'elle est envisagée par le projet de loi en son dernier état, ne semble pas en mesure de donner naissance à des fondations. La notion de fondation s'entend, rappelons-le², d'une affectation individualisée, irrévocable et perpétuelle de biens.

506. Pour qu'il y ait fondation, le service d'intérêt général doit être suffisamment individualisé. Pratiquement, l'hypothèse recouvre deux cas : il se peut d'abord que l'affectation ait pour objet de créer et d'assurer le fonctionnement d'un établissement (comme un hôpital, un organisme de recherche scientifique ou un musée) ; la fondation peut ensuite avoir pour objet de secourir ou de récompenser, par des aides de toute nature (bourses, prix), des personnes physiques ou morales appartenant à une catégorie sociale ou culturelle digne d'intérêt. Dans ce cas, la mission de l'accipiens consistera, le cas échéant, à choisir les bénéficiaires et à leur distribuer les revenus de la libéralité, sous forme de bourses, de prix ou de toute autre forme d'aide (bourses pour la recherche scientifique, médicale, prix littéraires..).

507. Quelle que soit la finalité de l'affectation, le fiduciaire accomplit sa mission pour le compte d'un tiers. Aussi, la mention des bénéficiaires doit-elle figurer, à peine de nullité, dans le contrat de fiducie (article 2062-3° du projet). Bien que M. le Professeur Larroumet admette que « le fiduciaire pourrait être tenu d'agir dans l'intérêt général sans qu'il y ait un ou plusieurs bénéficiaires déterminés de la fiducie »³, il nous semble au contraire qu'il ne peut y avoir de fiducie sans désignation de bénéficiaires, dans la mesure

(Analyse d'un projet de loi lacunaire), J.C.P. 1993, éd. N, I, p. 275 et s. et spéc., n° 4, pour lequel « le fiduciaire n'acquiert de la propriété que les pouvoirs... ».

¹ Pour M^{me} Cantin Cumyn, cette ambiguïté tient à ce que les auteurs du projet de loi sur la fiducie se sont inspirés de l'aliénation fiduciaire aux fins de garantie pour construire le régime de la fiducie-gestion. Or, cette fonction de la fiducie répond à des impératifs différents de ceux de la fiducie-gestion (loc. cit., n° 10, 11).

² Cf. supra, n° 8 et s.

³ C. Larroumet, La fiducie inspirée du trust, D. 1990, chr., p. 119 et s. et spéc., n° 4, note 10.

où le fiduciaire a *justement* pour mission de gérer les biens dans *l'intérêt de bénéficiaires*. Or, lorsque la mission du fiduciaire consiste à assurer le fonctionnement d'un service d'intérêt général (orphelinat, hôpital, centre de recherche...), il est difficile de caractériser l'existence de tiers au profit desquels le fiduciaire agit.

508. Sans doute sera-t-il toujours possible de trouver des individus qui vont, en définitive, tirer profit de l'activité de l'établissement mais ceux-ci se confondent souvent avec la communauté humaine dans son ensemble. Il est ainsi des activités de recherche scientifique ou technique. En ce sens, il paraît exact de dire que la fondation œuvre en ce cas davantage pour le « progrès général de l'humanité »¹ que pour le bienfait d'une catégorie déterminée de personnes. A cela s'ajoute le fait que les bénéficiaires de l'activité de l'établissement ne reçoivent aucunement les biens affectés ni même leurs revenus (puisque par hypothèse, ceux-ci seront affectés au fonctionnement de l'établissement) et vont profiter, au mieux, de la seule jouissance des biens et au pire, du bénéfice tiré de la gestion des biens.

509. Lorsque la fondation vise à gratifier une catégorie de personnes par des aides financières, il est, en outre, nécessaire que soit reconnu au fiduciaire la faculté de désigner les bénéficiaires des revenus des biens. Comme le constituant peut se contenter de fixer les règles de désignation des bénéficiaires, la stipulation par laquelle le constituant gratifie une catégorie de personnes, tout en spécifiant que le fiduciaire devra exercer son libre choix à l'intérieur de cette catégorie², paraît ici tout-à-fait possible³.

510. Mais même si la fiducie permettait d'affecter des biens de manière individualisée, elle serait impuissante à donner aux biens une affectation perpétuelle et irrévocable dans l'intérêt général. En effet, le contrat de fiducie doit déterminer la durée de la fiducie qui ne peut, selon l'article 2063-5°, excéder 99 ans, ce dans le but d'éviter le gel du patrimoine pour une durée supérieure à deux générations. Cette règle s'explique tant par la vieille

¹ H. Souleau, thèse préc., n° 7.

² Il suffit, en effet, que le tiers bénéficiaire existe et puisse être déterminé au moment où le fiduciaire accomplit sa mission (en ce sens, M. Grimaldi, *Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie*, loc. cit., n° 41). M. Grimaldi s'exprimait sur l'avant-projet de loi, mais sur ce point précis, l'avant-projet de loi comporte une disposition identique à celle du projet de loi.

³ Cette opération réalise une fiducie-libéralité dans la mesure où les tiers appartenant à la catégorie des bénéficiaires choisie par le disposant sont gratifiés par les revenus des biens.

crainte des biens de mainmorte¹, que par la volonté de ne pas voir perdurer la dislocation de la propriété².

511. Or, une telle limite temporelle, décidée *ab initio*, est incompatible avec la pérennité des fondations qui implique l'affectation de biens pour une durée *indéterminée*. A l'échéance du contrat, les biens fiduciaires transférés devront être restitués au constituant ou être transmis à un ou plusieurs bénéficiaires, l'obligation de transmission ou de restitution des biens fiduciaires étant de l'essence de la fiducie. Comme les bénéficiaires de l'activité fiduciaire ne peuvent, du fait de leur indétermination, être directement gratifiés, deux situations vont se rencontrer. Dans le meilleur des cas, le constituant aura pris la précaution de prévoir que les biens, objet de la fiducie, seront transférés à une personne morale poursuivant une activité similaire à celle du fiduciaire. L'attributaire final des biens fiduciaires récupérera, dans ce cas, les biens libres de toute obligation, car la propriété « fiduciaire » devient une propriété ordinaire³. Lorsque le constituant n'a rien prévu sur le sort du capital mis en fiducie, les biens feront retour au constituant (article 2070-10)⁴, car les tiers désignés pour recueillir les revenus au cours de la fiducie ne peuvent « sauf clause contraire, rien réclamer lors de son extinction »⁵, ce en contradiction avec l'irrévocabilité des biens affectés inhérente au concept de fondation.

512. Ainsi, la fiducie ne peut être une structure d'accueil des fondations non personnalisées et fera surtout sentir son utilité pour les libéralités à caractère philanthropique sans affectation individualisée c'est-à-dire pour les libéralités ayant pour seule destination un secteur d'intérêt général (libéralités en faveur de la recherche médicale, restauration d'un monument historique...). Dans ce cas, en effet, le fiduciaire accomplira utilement sa mission en gérant les biens avant de les remettre à une personne morale remplissant la mission d'intérêt général souhaitée par le fondateur⁶.

¹ Sur la question des biens de mainmorte, cf. *infra*, n° 451.

² En ce sens, M. Grimaldi, *Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie*, loc. cit., n° 42. L'auteur déplore, dans cet article, l'application de la règle aux fiducies-libéralités à caractère philanthropique.

³ *Ibid.*, n° 57, 5).

⁴ L'article 2070-11 énonce, en effet, que « lorsque la fiducie prend fin, et en l'absence de bénéficiaires *pour* quelque cause que ce soit les biens et droits subsistants font retour au constituant ou à ses ayants cause ». (c'est nous qui soulignons)

⁵ M. Grimaldi, *Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie*, loc. cit., n° 57, 3).

⁶ On remarquera que la fiducie pâtit d'une lacune tenant à l'absence de fiducie testamentaire. Cet inconvénient est cependant largement tempéré par l'institution de la fiducie mortis causa. Il est en effet permis au disposant de conclure par contrat une fiducie portant sur ses biens à venir (article 2070-6). Bien

513. Le mécanisme « fiduciaire » de la Fondation de France, qui a déjà fait ses preuves, apparaît comme une solution plus appropriée pour suppléer aux lacunes des libéralités avec charge et pour réaliser l'affectation durable des biens à une œuvre d'intérêt général.

II- La solution proposée.

514. Une brève présentation de la Fondation de France (A) devrait permettre de rendre compte des avantages qu'elle présente (B).

A- Présentation de la fondation de France.

515. Dans la perspective de donner un nouveau souffle au mécénat individuel ou collectif¹, la Fondation de France² fut créée par un décret du 15 janvier 1969 à l'initiative de la Caisse des dépôts et Consignations et de dix-sept grandes banques françaises³ qui l'ont dotée, en tout, d'un capital de 16, 2 millions de francs. Elle prend la forme juridique d'une fondation reconnue d'utilité publique.

516. Bien que ses statuts (article 1) lui assigne la triple fonction de recevoir les libéralités, quelle que soit leur forme, d'en assurer la gestion et de les redistribuer (ou simplement de redistribuer leurs fruits ou revenus disponibles) en se conformant aux charges stipulées par les disposants, elle remplit en réalité une double fonction. Elle agit d'abord pour le compte de tiers en ce sens qu'elle constitue en son sein des fondations ou fonds conformément aux instructions d'utilisation des auteurs de libéralités. Ces derniers

que le projet de loi ne le précise pas (alors que l'avant projet de loi l'indiquait expressément), ce contrat de fiducie devrait être librement révocable afin de préserver la liberté testamentaire.

¹ La création de fondations collectives fut notamment encouragée par Michel Pomey dans le rapport sur le mécénat et les fondations précité. V. également, M. Pomey, Le régime juridique, financier, fiscal des fondations en France, loc. cit., p. 474. Michel Pomey semble s'être inspiré de la Cleveland Foundation, créée en 1914.

² V. G. Courtois, La Fondation de France, Administration, juin 1978, p. 130 et s. ; M. Pomey, La Fondation de France, Revue administrative 1979, p. 274 et s. ; J.P Marguénaud, loc. cit., n° 4116 et s.

³ Ont ainsi participé à la dotation de la Fondation de France la Banque de France, la Banque de l'Indochine (aujourd'hui dénommée Banque Indosuez), la Banque nationale de Paris, la Banque de Paris et des Pays-Bas (aujourd'hui dénommée Banque Paribas), la Caisse d'épargne de Lyon, la Caisse d'épargne et de prévoyance des Bouches-du-Rhône, la Caisse d'épargne et de prévoyance de Paris, la Compagnie bancaire (aujourd'hui dénommée la Caisse centrale des Banques populaires), la Compagnie financière de Suez et de l'Union parisienne (aujourd'hui dénommée la Compagnie de Suez), le Crédit commercial de France, le Crédit foncier de France, le Crédit industriel et commercial (aujourd'hui dénommé la Compagnie financière de l'Union européenne et du CIC), le Crédit Lyonnais, MM. de Neuflize, Schlumberger, Mallet et C^{ie} (aujourd'hui dénommée la Banque de Neuflize, Schlumberger, Mallet) et la Société générale pour favoriser le développement du commerce et de l'industrie en France (aujourd'hui dénommée la Société générale).

peuvent d'ailleurs indifféremment appartenir au secteur privé comme au secteur public, être des particuliers comme des entreprises, des personnes physiques comme des personnes morales. Qui plus est, il n'est pas exclu que ces catégories de personnes participent ensemble à la création d'une fondation. En pratique toutefois, plus de la majorité des fondations actuelles abritées par la Fondation de France (63 %)¹ ont été créées par des particuliers et seulement 17 % des fondations ont eu pour créateurs des entreprises. Pour le reste, la création de fondations relève du secteur public (5 %), du secteur associatif (12 %) et, pour une très faible part de partenaires mixtes (3 %). Ces proportions reflètent la structure actuelle du mécénat qui est essentiellement le fait de personnes physiques. Elles s'expliquent également par la mise à disposition des entreprises d'une personne morale leur étant réservée (la fondation d'entreprise).

Outre cette activité pour le compte de tiers, la Fondation de France joue le rôle de collecteur de fonds auprès du public. Elle définit ainsi des programmes d'action prioritaires auxquels elle affecte ses fonds libres d'utilisation ainsi que des fonds issus de fondations dont elle assume, par ailleurs, la gestion². Ces fonds sont destinés à répondre aux besoins de notre époque jugés prioritaires par la Fondation de France. Ainsi, en 1997, la Fondation de France a concentré ses efforts dans les domaines de la solidarité, de la santé, de la recherche scientifique et médicale, de l'environnement et de la culture.

517. Par cette double activité, la Fondation de France représente l'équivalent des trusts charitables collectifs américains c'est-à-dire des Commity Trusts ou Commity Foundations³. Sa vocation fiduciaire et, par là-même d'intermédiaire, ne signifie pas, pour autant, qu'elle joue un rôle purement passif. En effet, ses statuts (article 2) lui interdisent d'accepter « toute libéralité qui, en raison de sa nature ou de celle des charges et conditions l'assortissant, pourrait aussi bien être faite directement au profit du bénéficiaire

¹ On notera cependant que ces statistiques publiées dans le rapport du Conseil d'Etat (Rendre plus attractif le Droit des fondations, annexe VI, op. cit., p. 215) lui ont été fournies par la Fondation de France et que cette dernière entend, sous la dénomination de fondation, les simples fonds de souscription ainsi que les « fondations sans dotation ».

² Cf. la brochure éditée par la Fondation de France intitulée, Fondations, Donations et Legs, juillet 1997, p. 10. Cette dernière situation, la plus favorable pour la Fondation de France, ne se réalise que lorsque le fondateur a choisi d'affecter des biens « au soutien des programmes de la Fondation de France » (en ce sens, Rapport du Conseil d'Etat préc., annexe VI, p. 210).

³ En ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 220.

final, sans que son intervention soit nécessaire pour assurer, par exemple, la gestion de la libéralité ou les répartitions correspondantes »¹.

518. Seule la première fonction de la Fondation de France (l'activité pour le compte d'un tiers) est intéressante pour notre matière encore qu'il faille aussitôt éliminer les formes d'action de la Fondation de France, qui, quoiqu'englobées sous ce vocable, ne constituent pas, en réalité, des fondations. Ainsi, les fonds de souscription créés par le secteur associatif et abrités par la Fondation de France ne sont évidemment pas des fondations puisqu'ils ont pour unique objet de collecter des fonds pour un projet particulier et que les sommes ainsi réunies seront intégralement reversées à l'organisateur de la souscription pour en faire l'usage prévu (c'est-à-dire la réalisation du projet particulier). La Fondation de France ne consent, d'ailleurs, à abriter de tels fonds de souscription que lorsque l'objet de collecte présente un intérêt national et qu'elle a la garantie que, tant par la qualité du projet que par les conditions de son organisation, le fonds sera actif. C'est de cette façon que l'opération Sidaction ou l'opération « Les ailes de l'Espoir » initiée par France 2 ont pu être lancées.

519. De la même façon, les « fondations sans dotation » (c'est-à-dire les fonds fonctionnant grâce à des versements réguliers effectués par leurs créateurs pendant une période déterminée à l'avance) qui sont des « produits » proposés par la Fondation de France ne relèvent pas, faute de pérennité, de la notion de fondation et ne méritent pas, par conséquent, d'en porter l'appellation.

Fort de ces précisions, nous sommes en mesure d'appréhender les avantages de la Fondation de France.

B- Les avantages de la Fondation de France.

520. Le recours à la Fondation de France présente des avantages tant théoriques (a) que pratiques (b).

¹ M. Witz, dans sa thèse (thèse préc., n° 92, C, note 2), relevait qu'il suffit, pour échapper à l'interdiction, que le fondateur affecte une partie de la libéralité aux actions propres de la Fondation de France.

a- Les avantages d'ordre théorique du recours à la Fondation de France.

521. Sur le plan théorique, les fondations par legs sub modo à la Fondation de France ne sont pas incompatibles avec la notion de libéralité.

La Fondation de France est, en effet, réellement gratifiée par les libéralités qui lui sont faites même si elle ne doit conserver aucun émolument et doit en redistribuer le bénéfice à des organismes d'intérêt général, car elle est spécialisée dans la redistribution à des organismes d'intérêt général et qu'il n'est d'autre façon de gratifier une personne morale que de l'aider à remplir au mieux sa vocation. En ce sens, la création d'un service d'intérêt général, cause de la libéralité avec charge de fondation, correspond exactement à l'objet statutaire de la Fondation de France.

522. Par ailleurs, comme l'a démontré Henri Souleau¹, avec la Fondation de France, le risque d'invalidité de l'acte de fondation disparaît. Une libéralité adressée à la Fondation de France échappe en effet à la menace d'invalidation pour incapacité ou inexistence de l'organisme récipiendaire puisque la Fondation de France est la destinataire de la libéralité et qu'elle dispose, comme toute fondation d'utilité publique, de la capacité de recevoir à titre gratuit. Ce faisant, la jurisprudence qui tend à pratiquer la substitution de l'incapable de recevoir à titre gratuit désigné par le testateur par un établissement capable est condamnée à cesser d'exister.

523. La circonstance qu'elle est appelée, de par sa fonction fiduciaire, à redistribuer les biens, objet de la libéralité, à des organismes d'intérêt général ou à des personnes physiques appartenant à une catégorie donnée ne suffit pas à faire de la Fondation de France une personne interposée : du fait de la concordance de l'affectation stipulée c'est-à-dire la redistribution des libéralités avec sa mission statutaire, la Fondation de France demeure la principale bénéficiaire de la libéralité². En sortant les bénéficiaires finaux de leur état d'indétermination, la Fondation de France ne devient pas, pour autant, un tiers investi de la faculté d'élire, car elle seule est légataire, l'œuvre bénéficiaire n'étant que la bénéficiaire de la charge d'un legs. D'ailleurs, s'il s'était agi d'un legs avec faculté d'élire, le tiers intermédiaire aurait eu pour seule mission de désigner la personne bénéficiaire et de lui retransmettre les biens, objet du legs. Or, le rôle de la Fondation de France ne se borne

¹ Loc. cit., n° 15 et s.

² Cf. supra, n° 65.

pas à cela puisqu'aussi bien elle peut ne redistribuer que *les fruits ou produits* du legs et que dans tous les cas elle assure la *gestion* des biens légués¹.

524. Enfin, le principe de spécialité n'apparaît plus comme un obstacle à la constitution de fondations par legs sub modo. Nous savons que celui-ci limite la capacité de recevoir à titre gratuit des personnes morales en frappant de nullité toute libéralité grevée d'une charge qui les feraient sortir de leur spécialité. Ce principe est de plus pour les personnes morales de droit public et de droit privé sous tutelle étatique pour les libéralités, assorti d'une sanction préventive tenant au refus de l'autorité administrative d'accorder l'autorisation administrative d'accepter la libéralité sub modo.

La cause d'invalidité de la libéralité tenant à la méconnaissance du principe de spécialité disparaît lorsque le disposant fait appel à la Fondation de France puisque son objet (la redistribution des libéralités au profit de personnes, œuvres et organismes d'intérêt général, de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique) est suffisamment large pour accueillir toute libéralité faite dans l'intérêt général. Par ailleurs, comme on l'a très justement relevé, « cette institution, étant elle-même spécialisée dans la redistribution des libéralités (ou de leurs revenus) à des établissements d'intérêt général, connaît les limites de leur champ d'action »¹ et est ainsi la mieux placée pour s'assurer que les organismes bénéficiaires des revenus poursuivent une activité compatible avec l'affectation des biens.

525. La vocation « fiduciaire » de la Fondation de France fixe *la limite même de son action* en matière de fondation. La Fondation de France ne peut jamais, en effet, assurer le fonctionnement d'un service d'intérêt général. Elle ne peut de ce fait exploiter un établissement particulier. Mais cela ne diminue pas réellement l'intérêt de recourir à la Fondation de France en ce sens que le disposant pourrait très bien charger la Fondation de France de transmettre le montant de la libéralité à une personne morale apte à mettre en œuvre le projet du fondateur.

526. A ce stade de l'étude, il convient de se demander s'il ne faudrait pas étendre la vocation fiduciaire de la Fondation de France à toutes les libéralités dont seule la finalité d'intérêt général est indiquée sans que la Fondation de France ni aucune autre personne n'ait été instituée légataire. Cette thèse avait été adoptée par la Cour d'appel de Nancy dans

¹ En ce sens, H. Souleau, loc. cit., n° 13.

un arrêt en date du 28 avril 1976². Dans cette affaire, en présence d'un testament ainsi rédigé « ceci est mon testament : j'institue pour légataire, dont le cancer, le cœur, des messes pour ma famille », les juges d'appel de Nancy avaient décidé que la Fondation de France était apte à recueillir ce legs, car ses statuts lui donnaient vocation à recueillir les libéralités faites dans un intérêt public et à leur donner une affectation conforme à la volonté de leurs auteurs³. En outre, la Cour d'appel de Nancy avait laissé à la Fondation de France toute liberté pour choisir les organismes récipiendaires dans la seule limite de l'obligation de distribuer les biens pour moitié à un ou plusieurs organismes de recherche sur les maladies du cœur et pour moitié, à un ou plusieurs organismes « poursuivant des objectifs semblables concernant les diverses formes de cancer ».

La solution admise par la Cour d'appel de Nancy a été, au moins en ce qui concerne les fondations autonomes, condamnée par la Cour de cassation⁴. Ainsi, dans la célèbre affaire de la Fondation Dupré⁵, la prétention de la Fondation de France à recueillir un legs universel fut rejetée. En l'espèce, le *de cuius* avait dévolu son entière succession à une fondation à créer. La Fondation de France était intervenue dans l'instance en invoquant le fait qu'étant le seul établissement apte à donner effet à la volonté de la testatrice, elle était habile à recevoir le legs universel. Pour rejeter la prétention de cette dernière, la Cour suprême relève que « c'est par une interprétation souveraine de la portée du testament que la Cour d'appel a estimé qu'il était contraire aux stipulations qui en constituaient « l'essence même », de substituer, en qualité de légataire universel, une personne autre à la fondation qu'entendait créer la testatrice ». Elle en déduit alors qu'il appartient au seul

¹ H. Souleau, loc. cit., n° 23.

² Nancy, 28 avr. 1976, Déf. 1977, art. 31396, note H. Souleau, J.C.P 1979, II, 19123, obs. A. Brimo et le droit de réponse de R. Seydoux, J.C.P 1979, II, 19158 bis. On a pu déduire de cet arrêt que la Fondation de France était « une personne morale de substitution » (P. Malaurie et L. Aynès, Successions, Libéralités, op. cit., n° 335) ou encore qu'elle avait la vocation de fondation « attrape-tout » (J. Carbonnier, Droit civil, Les personnes, op. cit., n° 220).

³ Selon M. Brimo (obs. sur Nancy, 28 avr. 1976 préc.), la solution ne vaut que parce que les héritiers ne se sont pas opposés à l'exécution du testament.

⁴ Ce qui n'a pas empêché la Cour d'appel de Nancy de persister dans cette voie : ainsi, dans un arrêt du 15 janvier 1997 (J.C.P. 1998, IV, 2361) elle approuve les juges du premier degré d'avoir estimé qu'un legs fait en faveur de la recherche contre le cancer bénéficiait à la Fondation de France dès lors qu'il leur était impossible d'interpréter le testament olographe en faveur d'un organisme public et que la Fondation de France a justement pour but de recevoir pour les distribuer des libéralités en se conformant aux intentions des donateurs.

⁵ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, D. 1992, J., 149.

héritier légitime, investi de l'universalité de l'hérédité, d'assurer l'exécution des volontés de la testatrice.

527. Si cette décision est critiquable en ce qu'elle opère l'adjonction de charge à la succession¹ et, en outre, surprenante dans la mesure où, par une jurisprudence constante, les juges du fond avaient toujours su, sous couvert d'interprétation de volonté, « découvrir » un légataire avec charge de fonder², elle nous paraît tout-à-fait fondée lorsqu'elle refuse de faire de la Fondation de France le « légataire implicite » de libéralités, qui, à défaut, seraient nulles.

En effet, reconnaître à la Fondation de France la prérogative de déterminer de son propre chef les organismes qui bénéficieront en définitive des libéralités à finalité d'intérêt général revient, en fait, à lui octroyer le pouvoir de désigner le légataire, au lieu et place du *de cuius*. De plus, il entre exclusivement dans les attributions des juges du fond de rechercher l'établissement qui correspond le mieux aux volontés du *de cuius*.

Accorder cette prérogative à la Fondation de France aboutirait en outre à lui reconnaître la suprématie sur les autres établissements à vocation d'intérêt général. Placer les organismes d'intérêt général sous la tutelle d'un organisme unique conduirait à « une nationalisation de fait »³ du mécénat. Il est de plus à craindre que cet établissement ait tendance, dans la redistribution des libéralités, à privilégier les organismes d'intérêt général qui lui sont affiliés.

528. Pas plus qu'il n'est souhaitable que la Fondation de France détienne le monopole de « réception » des libéralités à finalité d'intérêt général, il n'apparaît opportun d'inscrire dans la loi le principe selon lequel, en l'absence de désignation spéciale du légataire, un legs fait dans un but d'intérêt général doit être attribué à une institution remplissant ce but⁴, car une telle mesure conduit à faire systématiquement prévaloir la succession testamentaire sur la conservation du patrimoine familial.

¹ Cf. supra, n° 174.

² Contra, H. Souleau, note sous Nancy, 28 avr. 1976 précitée, p. 694-695.

³ L'expression est de B. de Saint Affrique (La capacité de recevoir d'une fondation, in *Rendre le Droit des fondations plus attractif*, op. cit., p. 191). Dans le même sens, P. Malaurie et L. Aynès, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 333.

On notera que la création récente de la Fondation du patrimoine par le législateur aboutit à ce résultat en matière de patrimoine artistique étant donné les pouvoirs importants et dérogatoires au droit commun accordés à celle-ci.

⁴ Contra, A. Sériaux, *Jurisque civil*, article 906, 1996, n° 55.

En tout cas, lorsqu'elle est désignée par le testateur, le recours à la Fondation de France permet d'assurer l'efficacité de l'acte de fondation.

529. On sait que, pour éviter que l'efficacité de l'acte de fondation ne soit compromise par le refus de l'organisme récipiendaire d'accepter le legs, la jurisprudence judiciaire avait pu décider que la charge de fondation dont était grevé le legs devenait une charge de la succession¹. La désignation par le testateur de la Fondation de France comme récipiendaire des biens permet d'éviter de faire subir cette entorse au droit des libéralités : le refus de la Fondation de France d'accepter une charge de fondation ne peut être en effet que marginal dès lors que la fondation est « viable ». En effet, si le fondateur respecte un nombre minimum de règles consistant dans un engagement financier minimum, la composition d'une instance de décision représentative de l'origine des fonds et la cohérence entre l'importance de l'engagement financier et l'objet de la fondation, la Fondation de France accepte la libéralité. Pratiquement, un tel refus n'est susceptible de se réaliser que lorsque le passif de la succession est supérieur à l'actif ou que les charges sont inexécutables². C'est déjà aborder là l'un des avantages pratiques du recours à la Fondation de France.

b- Les avantages pratiques du recours à la Fondation de France.

530. L'intermédiation de la Fondation de France est avantageuse par sa grande souplesse d'utilisation. La création d'une fondation non autonome fait, en effet, l'objet d'un « contrat » entre le mécène et la Fondation de France ; ce contrat doit, au minimum, comporter la mention de la personne des fondateurs, de l'objet de la fondation et de ses modalités d'action, du volume de l'engagement financier du fondateur et de l'échéancier de réalisation, si tous les biens ne sont pas apportés immédiatement, ainsi que la mention de la composition du conseil et de la rémunération du service de la Fondation de France³. De manière peu orthodoxe, la Fondation de France se contente d'une convention sous seing privé si les biens sont affectés à l'œuvre par don manuel. Pourtant, comme l'engagement

¹ Cf. supra, n° 174.

² Cf. Brochure publiée par la Fondation de France : Fondations, Donations et legs, juillet 1997, p. 16.

³ Cf. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations, Annexe VI, op. cit., p. 209 et 210. Il est à noter que le fait de prévoir que le service de la Fondation de France sera rémunéré ne fait pas obstacle à la qualification de l'opération en une libéralité car il n'y a pas équivalence entre la rémunération prévue pour la Fondation de France et le service lui incombant (c'est-à-dire l'affectation des biens).

du fondateur constaté par un écrit est antérieur à la tradition des biens, il semble y avoir promesse de don manuel, nulle en tant que telle. Dans le même sens, alors que la libéralité avec charge constitutive de la fondation devrait être acceptée par le conseil d'administration de la Fondation de France, la décision d'acceptation émane seulement du bureau de la fondation lorsque les biens, objet de l'affectation, sont apportés par dons manuels.

531. A cette souplesse d'utilisation s'ajoute le prestige attaché au label « Fondation de France » qui rejaillira automatiquement sur les fondations qu'elle abrite. Cela constitue un atout non négligeable pour les entreprises soucieuses d'asseoir leur légitimité. Ainsi, le recours à la Fondation de France accroît l'efficacité du mécénat d'entreprise.

532. De ce qui précède il ressort que le droit positif français n'appelle guère de modifications s'agissant des fondations non autonomes, car il existe un organisme apte à donner effet aux volontés des fondateurs tout en restant compatible avec les principes fondamentaux du droit des libéralités. Nous aurons l'occasion de constater qu'en matière de fondations autonomes, il apparaît, en revanche, opportun de réformer le droit positif.

SECTION II- DE L'OPPORTUNITÉ D'INSTITUER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE POUR LA CREATION DE FONDATIONS PERSONNALISEES.

533. Les difficultés tant pratiques que théoriques inhérentes à la création de fondations par testament ont déjà été rencontrées. Rappelons qu'elles sont liées à l'existence d'une saisine spécifique portant sur les biens affectés à l'œuvre et accordée aux personnes en charge de la constitution de la fondation reconnue d'utilité publique. Moins connus de nous mais tout aussi réels sont les obstacles auxquels peut se heurter la création d'une fondation par acte entre vifs. Nous envisagerons donc successivement les solutions qu'il faut apporter aux difficultés suscitées par la création de fondations par la technique de l'offre de donation (paragraphe I) et celles qui sont nécessaires à l'aboutissement de projets de fondations post-mortem (paragraphe II).

Paragraphe I- Proposition d'amélioration des fondations créées du vivant du fondateur.

534. Dans l'hypothèse de fondations autonomes créées par acte entre vifs, l'acte de fondation s'analyse en une offre de donation suspendue à une autorisation administrative (autorisation préfectorale ou décret de reconnaissance d'utilité publique)¹. Or, la manifestation de volonté du fondateur telle qu'elle est exprimée par l'offre de donation est menacée d'être privée d'effet en cas d'incapacité ou de mort du fondateur survenant avant l'autorisation administrative de l'œuvre voire avant l'acceptation de la donation par la fondation-personne morale.

Une offre de contracter, quelle qu'elle soit, ne peut survivre lorsque de tels événements frappent l'offrant². La manifestation de volonté du fondateur peut également être privée d'effet lorsque le fondateur décide de révoquer son offre. Si la jurisprudence impose à l'offrant de maintenir sa proposition pendant un certain temps, c'est seulement à la condition que celui-ci ait fixé un délai, expressément ou implicitement³. Or, la stipulation d'un tel délai est étrangère à la matière des fondations. Il est vrai, néanmoins, que même en l'absence de stipulation de délai, la jurisprudence impose parfois, lorsque l'offre a été adressée à personne déterminée, le respect par l'offrant d'un délai moral⁴. Ce délai qui est fixé d'après les circonstances, la nature du contrat et les usages, correspond au temps nécessaire pour que le destinataire de l'offre puisse examiner la proposition et prendre sa

¹ Cf. supra, n° 250 et s. et 347.

² La doctrine est quasi-unanime sur ce point. Selon M^{me} Izorche (thèse préc., n° 26), les auteurs reconnaissent que la jurisprudence ne s'est jamais prononcée en faveur de la caducité de l'offre pour incapacité de l'offrant. Pour la caducité de l'offre faite sans stipulation de délai en cas de décès de l'offrant, cf. Cass. soc., 14 avr. 1961, J.C.P 1961, II, 12260, D. 1961, J., 535, R.T.D.C. 1962, 349, obs. G. Cornu. La Cour de cassation avait paru se rétracter par un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 9 nov. 1983 (Bull. civ. III, n° 222, D. 1984, I.R., 174, Rép. Déf. 1984, art. 33368, n° 78, obs. J.L Aubert, R.T.D.C. 1985, 154, obs. J. Mestre). Elle a semblé revenir à sa jurisprudence traditionnelle par un arrêt du 10 mai 1989 (Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, Bull. civ. III, n° 109, D. 1990, somm, 37, obs. E.N Martine, D. 1991, somm., 317, obs. J.L Aubert, R.T.D.C. 1990, 65 et 69, obs. J. Mestre) mais un arrêt de la 3^{ème} chambre civile en date du 10 décembre 1997 (Rép. Déf. 1998, art. 36753, n° 20, obs. D. Mazeaud) laisse planer le doute. Dans cette affaire, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait énoncé que l'offre faite par un couple était devenue caduque du fait du décès de l'un d'entre eux alors que les pollicitants s'étaient engagés à maintenir leur offre pendant un délai donné.

En faveur de la transmissibilité passive de l'offre, v. M.L Izorche, thèse préc., n° 621 et s. ; G. Wicker, thèse préc., n° 149.

³ Civ. 3^{ème}, 10 mai 1968, Bull. civ. III, n° 209. En ce sens, J. Flour et J.L Aubert, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 148.

⁴ V. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297, R.T.D.C. 1972, 773, obs. Y. Loussouarn.

décision en toute connaissance de cause. Or, par hypothèse, l'existence d'un tel délai ne se conçoit pas, car la fondation n'est en mesure d'examiner la proposition de donation qui lui est faite *que* du jour où elle parvient à l'existence juridique c'est-à-dire au moment où elle acquiert la reconnaissance d'utilité publique.

535. Si la manifestation de volonté du fondateur est privée d'effet, l'autorité administrative refusera d'accorder à l'œuvre l'autorisation administrative. Aussi, la révocation de l'offre par son auteur, à l'instar de sa caducité du fait de l'incapacité ou du décès du fondateur, constituent de véritables entraves à la création de fondation. La survenance de tels événements ne relève pas de l'hypothèse d'école si l'on considère la longueur de la procédure de reconnaissance d'utilité publique¹. Ces événements sont, de la même façon, susceptibles de faire échec à la création de fondations d'entreprise dans la mesure où l'acte créateur d'une fondation d'entreprise s'analyse, à l'instar de l'acte de création d'une fondation reconnue d'utilité publique, en une offre de donation à personne morale future mais, pour elles, le risque que la manifestation de volonté soit frappée de caducité est moins grand, car la durée de la procédure d'autorisation est enfermée dans un délai de quatre mois.

En outre, la difficulté se rencontre quelle que soit la personne du fondateur c'est-à-dire qu'elle soit une personne physique ou morale. En effet, les personnes morales peuvent être dissoutes (ce qui représente l'équivalent du décès d'une personne physique) ou mises en redressement judiciaire (ce qui est l'équivalent de l'incapacité d'une personne physique) avant l'octroi de l'autorisation administrative de création de la fondation.

536. L'offre de donation n'apparaît donc pas comme un mode adéquat d'affectation de biens². Il convient dès lors de s'interroger sur l'opportunité de valider un acte d'affectation spécifique qui serait un acte juridique unilatéral. Même ainsi défini, les effets d'un tel acte sont susceptibles de variantes.

537. Dans une première hypothèse, les biens de la fondation seraient constitués en patrimoine autonome. A vrai dire, la conception d'une masse de biens sans personne pour l'animer est purement stérile. Mais, la constitution de la fondation en un patrimoine

¹ Celle-ci peut, en effet, durer jusqu'à trois ans.

² Nous avons déjà noté que la pratique, pour éviter l'inconvénient lié au changement de situation du fondateur au cours de la procédure de reconnaissance d'utilité publique, avait imaginé de recourir préalablement à la création de la fondation reconnue d'utilité publique à la constitution d'une association. Sur les inconvénients de ce procédé, cf. *supra*, n° 263.

autonome ne signifie pas forcément l'absence d'une personne pour l'animer ; elle peut également vouloir dire que le patrimoine de la fondation est *séparé* du patrimoine du fondateur et n'est rattaché à aucun autre patrimoine. C'est justement le principe qui anime la fiducie : si le contrat de fiducie a pour effet de faire sortir des biens du patrimoine du constituant, ces biens ne tombent pas, pour autant, dans le patrimoine général du fiduciaire. La preuve en est qu'ils ne font pas partie de la succession du fiduciaire, ni du gage de ses créanciers personnels. Si les biens ne tombent pas dans le patrimoine du fiduciaire, ils ne sont pas, pour autant, *livrés à eux-mêmes* puisqu'ils sont *sous les pouvoirs* du fiduciaire qui peut accomplir sur eux tous les actes nécessaires. Ainsi au Québec, les textes prévoient la création de fondation - laquelle est définie comme l'acte par lequel une personne affecte, de façon irrévocable, ses biens à la réalisation durable d'une fin d'utilité sociale - par le biais de la fiducie.

Mais l'on sait déjà¹ que la fiducie, telle que prévoit de l'introduire le projet de loi de 1992, est incompatible avec la pérennité, voire l'irrévocabilité de l'affectation². Aussi, est-il préférable de rechercher s'il est possible de consacrer un acte juridique unilatéral dont l'effet serait de fournir à une *personne morale créée spécialement* les biens nécessaires à son fonctionnement.

538. Il faut immédiatement exclure le concept d'un acte juridique unilatéral créant une personne morale nouvelle et la dotant en même temps, car celui-ci est étranger à notre tradition juridique³. Cette concomitance entre la naissance d'un être moral nouveau et la dotation de ce dernier implique nécessairement qu'il n'y ait pas transfert de biens mais érection d'une masse de biens en une entité juridique autonome. Or, comme l'a parfaitement mis en lumière Henri Souleau, « il y aurait une contradiction logique irréductible à prétendre d'une part que les choses soient érigées en être et d'autre part que cet être soit titulaire de droits sur ces choses, donc qu'il puisse les aliéner sans se détruire lui-même. L'identification de l'être et de l'avoir, aussi séduisante qu'elle soit se heurte trop

¹ Cf. supra, n° 510 et s.

² De toute façon, les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général ne peuvent pas être mis en fiducie par le biais d'un acte unilatéral. En effet, le projet de loi ne connaît pas de fiducie créée par acte unilatéral. Il ne peut y avoir fiducie sans accord de volonté entre constituant et fiduciaire.

³ On notera, d'ailleurs, que l'acte créateur d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée a pour effet d'opérer le transfert de biens à la société, une fois créée et n'opère, en aucune façon, l'affectation des biens.

violemment à la distinction logique fondamentale entre sujet et objet, pour que nous puissions l'adopter »¹.

539. Aussi, l'acte unilatéral ayant pour but de doter la personne morale ne peut être qu'un acte opérant le transfert de biens à une personne morale créée spécialement à cet effet.

Encore faut-il, pour que cette conception prospère, tenir pour acquis qu'une manifestation unilatérale de volonté puisse faire acquérir des biens à une personne sans que celle-ci ait à accepter. Cette possibilité est contestée par les auteurs pour lesquels un acte unilatéral est inapte à créer une situation juridique nouvelle au profit d'un tiers². L'argument n'a pas été jugé décisif au motif que l'acquisition de biens par la fondation-personne morale constitue toujours pour elle un avantage puisqu'elle lui donne le moyen de réaliser sa finalité d'intérêt général³. Cependant, en tant que l'acquisition obligatoire de biens par une personne porte atteinte à la sphère d'autonomie de celle-ci⁴, il vaut mieux considérer que la fondation demeurerait libre de refuser le transfert de biens.

540. Quoiqu'il en soit, le transfert de biens ne peut se produire qu'au moment où l'œuvre acquiert la capacité juridique. *De lege lata*, l'acquisition de la personnalité juridique prend date, pour une fondation créée par acte entre vifs, au jour d'entrée en vigueur du décret de reconnaissance d'utilité publique. L'intervention étatique, qui aurait pour effet de créer une personne morale nouvelle, devrait, selon nous, être maintenue.

541. Dans cette optique, la consécration d'un acte unilatéral translatif nous paraît impossible. Car, pour que l'effet translatif se produise, « encore faut-il que les conditions objectives d'un transfert soient réalisées : c'est-à-dire que coexistent une personne qui donne, une autre qui reçoit, et un bien qui fasse l'objet de la transmission »⁵. Or, l'acte unilatéral translatif ne peut - sauf fiction légale - produire ses effets à la date de la manifestation de volonté du fondateur. En effet, à ce moment, la fondation-personne morale ne peut pas encore exister puisque la manifestation de volonté du fondateur a *justement pour but de la créer*. Dès lors, le transfert du capital ne peut être que postérieur

¹ H. Souleau, thèse préc., n° 220.

² V. J. Martin de la Moutte, thèse préc., n° 264.

³ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 228.

⁴ Sur ce point, cf. infra, n° 550.

⁵ H. Souleau, thèse préc., n° 228, p. 394.

à l'apparition de la personne morale nouvelle et, en l'absence d'une personne juridique capable de recevoir les biens à la date où elle est émise, la manifestation de volonté du fondateur est inefficace.

542. Il faut donc admettre que l'effet translatif de l'acte unilatéral soit reporté au moment où l'œuvre acquiert la personne morale (qui correspond à la date de l'approbation gouvernementale) c'est-à-dire à une date forcément postérieure à la manifestation de volonté du fondateur. Dans ces conditions, nous sommes en présence d'un acte unilatéral translatif affecté d'une condition suspensive tenant à l'obtention d'une autorisation administrative. L'acte de fondation allemand¹ en offre une illustration dans la mesure où le transfert de biens se produit par le fait même de l'approbation gouvernementale, sauf lorsque le fondateur a exprimé une intention contraire dans l'acte constitutif. L'admission, en Droit français, d'une vertu translatrice à l'acte unilatéral conditionnel se heurte toutefois à de solides objections.

543. Par essence, la condition est une modalité qui ne peut porter sur un élément essentiel de l'acte juridique et il est bien évident que l'existence d'un accipiens constitue un élément constitutif d'un acte juridique translatif². Il est vrai, cependant, qu'en matière de fondations créées par testament, le legs, acte unilatéral translatif à cause de mort, est affecté d'une condition suspensive tenant à la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre d'intérêt général. Mais cela n'a été rendu possible que grâce au secours d'un texte de loi. De plus, à supposer même que l'acte unilatéral translatif conditionnel ne se heurte à aucun obstacle théorique, l'objet de la transmission serait limité aux seuls corps certains et choses de genre individualisées, car les choses de genre non individualisées ne peuvent être transmises que par l'acte matériel de la tradition réelle ou celui de l'inscription de la somme au crédit d'un compte en banque s'il s'agit de monnaie scripturale³.

544. Afin de concilier les impératifs de logique juridique avec un mode d'affectation de nature à remédier aux lacunes supposées de l'offre de donation, mieux vaudrait faire de

¹ C'est, semble-t-il, le même procédé qui fut proposé par la société d'études législatives en 1908. Le projet de loi de réforme des fondations prévoyait, en effet, qu'une fondation n'acquerrait la capacité civile qu'à la condition d'être autorisée par décret en Conseil d'Etat et publiée sur un registre mais pour bien montrer que c'est l'acte de fondation qui crée véritablement la personnalité juridique de la fondation, il était prévu que la capacité juridique rétroagirait à la date de l'acte constitutif.

² En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 229.

³ Ibid., n° 226.

l'acte de fondation par acte entre vifs, plutôt qu'un acte unilatéral translatif, un engagement unilatéral de volonté. L'acte de fondation en tant qu'engagement unilatéral différerait de l'acte unilatéral translatif par ses effets. Il n'aurait pas un effet translatif mais donnerait naissance à une obligation à la charge du fondateur sans que le créancier de cette obligation ait à donner son acceptation. Cette obligation consisterait dans l'engagement du fondateur de transférer les biens à la personne morale, une fois celle-ci devenue capable de recevoir à titre gratuit¹.

545. Ainsi, le fondateur serait lié envers la future fondation dès qu'il a manifesté son intention d'affecter des biens à l'œuvre d'intérêt général qu'il projette. C'est d'ailleurs ce que prévoit le Code civil allemand puisque l'acte de fondation engendre l'obligation pour le fondateur d'opérer le transfert des biens pour lesquels la loi exige un contrat solennel de dessaisissement ou pour lesquels le fondateur a exprimé une volonté contraire dans l'acte de fondation (article 81 du Code civil allemand). Toutefois, l'analogie avec l'acte de fondation allemand ne peut être poussée plus avant, car le fondateur est libre, selon le droit allemand, de révoquer sa déclaration jusqu'à ce que la personne morale soit autorisée par l'autorité compétente (article 81 du Code civil allemand). Or, cette faculté de révocation est incompatible avec la notion d'engagement unilatéral de volonté.

546. La possibilité de consacrer l'existence d'une obligation en dehors d'un accord de volonté a été longtemps et fortement contestée². Il a fallu répondre aux arguments de

¹ L'engagement unilatéral de volonté créant une obligation de donner permet d'ailleurs de distinguer l'obligation de transférer la propriété du transfert de propriété proprement dit. En effet, l'acte translatif produit traditionnellement deux effets : un effet personnel (la création d'une obligation de transférer la propriété des biens) et un effet réel (le transfert de propriété en lui-même). Même si ces effets se produisent, en principe, simultanément, ils n'en sont pas moins différents, « l'effet réel ne devant pas voiler l'effet personnel » (M-J Cambassédès, La nature et le régime juridique de l'opération d'apport, *Revue des Sociétés* 1976, p. 431 et s. et spéc., n° 28 et s., qui tenait ce raisonnement à propos de l'opération d'apport dans les sociétés anonymes).

² D'ailleurs, l'engagement unilatéral de volonté, comme source d'obligation, n'est toujours pas admis par la doctrine majoritaire (en ce sens, M.L Izorche, thèse préc., n° 22). L'idée fait néanmoins son chemin au moins dans l'esprit des praticiens : cf. la proposition n° 4 adoptée par le 94^{ème} Congrès des Notaires de France (Rép. Déf. 1998, *Actualités*, p. 138) suivant laquelle un article précisant que l'offre faite à personne déterminée et assortie d'un délai obligerait son auteur qui ne pourrait la révoquer devrait être inséré dans le Code civil. C'est là adhérer à la conception de l'offre-acte juridique, proposée par M. Aubert dans sa thèse. L'auteur distingue en effet l'offre de la sollicitation. La base de sa théorie repose sur la définition de l'acte juridique. L'acte juridique est constitué lorsque son auteur a recherché les effets de droit produits par sa manifestation de volonté. Ce postulat posé, l'auteur aboutit à une analyse dualiste de l'offre. L'offre serait un acte juridique, une sollicitation si elle est adressée à une personne déterminée et qu'elle comporte la stipulation d'un délai. Dans les autres cas, elle serait un simple fait juridique. L'analyse dualiste de l'offre proposée par M. Aubert a suscité de nombreuses critiques. On lui a reproché de n'admettre l'engagement unilatéral de volonté que dans des circonstances exceptionnelles. Plus gravement, on a remis en cause la valeur de la distinction entre l'offre-acte juridique et l'offre-fait juridique. Ainsi, l'auteur fait

théorie juridique, faire fi des difficultés pratiques et échapper à la tentation de donner une portée excessive à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté afin d'éviter de faire le lit des détracteurs de la théorie¹.

547. D'abord, le fait que la loi ne mentionne pas l'engagement unilatéral de volonté parmi les sources d'obligations ne signifie pas que le législateur ait choisi de l'écarter. Bien au contraire, par des textes récents, il a introduit l'engagement unilatéral comme source d'obligations². A l'exemple déjà évoqué et généralement accepté³ de l'acte créateur d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou de l'entreprise agricole à responsabilité limitée il est possible d'ajouter la souscription d'actions lors de la constitution d'une société anonyme, puisque les futurs actionnaires se trouvent engagés par la signature d'un bulletin de souscription.

548. Ensuite, il n'y a pas, contrairement à ce qui a été soutenu, d'impossibilité théorique à l'engagement unilatéral de volonté. Si la volonté peut se lier seule, elle n'est pas libre, pour autant, de se délier seule. Admettre le contraire procède d'une confusion : l'obligation parce qu'elle s'imprime dans le réel serait hors de portée de la volonté du sujet, car celui-ci ayant fait usage de sa liberté l'aurait du même coup perdue⁴. En effet, une fois née, l'obligation devient une réalité objective qui échappe à la volonté de celui qui lui a donné naissance. D'ailleurs, l'argument tendant à contester l'irrévocabilité de l'engagement unilatéral de volonté ne vaut que si l'on fait reposer sur la volonté la force obligatoire de l'acte juridique. Dans cette perspective en effet, l'acte juridique perd sa force obligatoire s'il n'est plus soutenu par la volonté de son auteur. Or, à partir du moment où la force obligatoire de l'acte juridique est fondée sur le Droit objectif, l'objection devient

entrer dans la catégorie des offres-faits juridique, les offres assorties d'une obligation de sécurité (qui sont les offres dont la destination est déterminée mais qui ne comportent pas de stipulation de délai) alors que l'obligation de sécurité est dépendante de la volonté du sujet, ce qui tend à la rapprocher d'un acte juridique (M.L Izorche, thèse préc., n° 289). De plus, la conception dualiste de l'offre ne parviendrait pas à intégrer les offres pour lesquelles l'obligation de maintien découle de la loi (comme c'est le cas en matière de crédit du fait des lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979) car elle aboutit à faire de ces offres des faits juridiques (puisque aucune manifestation de volonté n'a été émise) alors que ces offres comportent « les mêmes éléments que la sollicitation » (G. Wicker, thèse préc., n° 119).

¹ Sur ce point, cf. M.L Izorche, thèse préc., n° 62 et s.

² En ce sens, M.L Izorche, thèse préc., n° 21.

³ Cf. par ex., J. Flour et J. L. Aubert, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 506 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil Les obligations, Le contrat, 6^{ème} éd., op. cit., n° 88 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, op. cit., n° 50.

⁴ En ce sens, M.L Izorche, thèse préc., n° 39 ; A. Rieg, thèse préc., n° 445 ; Flour et J.L Aubert, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 508.

inopérante. La véritable question se ramène alors à savoir s'il est possible de caractériser l'existence d'une norme consacrant l'engagement unilatéral comme source d'obligations. Or, il est possible de déduire des applications particulières d'engagement unilatéral connues du Droit positif « l'existence d'une norme objective non écrite consacrant le caractère obligatoire de l'engagement unilatéral »¹.

549. Dans le cas de la fondation, il est, par ailleurs, nécessaire de reconnaître au fondateur la faculté de faire naître une obligation à sa charge sans qu'il existe de créancier (car le fondateur s'engage envers une personne qui n'existe pas encore)². Ce faisant, la conception traditionnelle de l'obligation, qui voit dans l'obligation un rapport juridique entre deux personnes, un *juris vinculum* liant la personne du débiteur à celle de son créancier, se trouve malmenée. Il ne paraît toutefois pas impossible d'admettre avec M. Aubert que « le rapport de droit existe potentiellement (et négativement, en tant que dette) en attendant d'être activé par la survenance du créancier »³. L'adoption d'une conception objective de l'obligation⁴ permet également de résister victorieusement à l'objection. Selon cette conception, l'obligation, en tant que valeur patrimoniale susceptible d'être transmise par son titulaire à un autre patrimoine, élude la nécessité de faire intervenir plusieurs personnes.

550. L'acceptation du créancier n'est pas davantage nécessaire à l'efficacité de l'engagement unilatéral⁵. Il est vrai que l'opinion contraire a été soutenue. Selon cette dernière, l'acceptation par le créancier de l'obligation créée par l'engagement unilatéral lui conférerait rétroactivement une efficacité. Ainsi, du fait de la rétroactivité de l'acceptation

¹ G. Wicker, thèse préc., n° 125.

² Contra, J. Chabas, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris, 1931, p. 142-143. Sur ce point, v. également, cf. R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 3^{ème} éd., Paris, 1925, n° 144, p. 152, note 1. Certains ont pu refuser de faire de l'acte de fondation un engagement unilatéral envers la personne morale future car ils ne voyaient pas comment l'on pouvait être lié à une offre lorsqu'il n'existe aucune personne juridique pour se l'approprier (en ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 223).

³ J-L Aubert, Répertoire civil, v° engagement unilatéral de volonté, 1998, n° 23. Dans le même sens, A. Rieg, thèse préc., n° 445. On remarquera, en outre, que s'agissant d'une obligation de donner, seul l'effet réel (c'est-à-dire le transfert de propriété des biens) suppose l'existence du créancier.

⁴ V. G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, tome 1, op. cit., n° 4 ; R. Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, op. cit., n° 81 ; M.L Izorche, thèse préc., n° 100.

⁵ En ce sens, P. Jestaz, L'engagement par volonté unilatérale, in Les obligations en droit français et en droit belge, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 3 et s. et spéc., p. 12, selon qui il importe peu que le créancier le soit devenu « sans avoir donné son accord *a priori* puisqu'il peut, à l'évidence, répudier sa créance *a posteriori* ».

du créancier, la créance remonterait au jour de la manifestation de volonté du fondateur¹. Toutefois, il a été montré que « subordonner l'efficacité de l'engagement à l'acceptation du créancier revient à nier le pouvoir créateur de la volonté unilatérale »². Il n'en demeure pas moins qu'accepter qu'une personne puisse devenir créancière sans exprimer le moindre consentement revient à tolérer une immixtion dans les affaires du créancier³, puisque l'exécution de l'obligation issue de l'engagement unilatéral de volonté suppose nécessairement l'exécution d'une prestation au profit du créancier⁴. Par là, le principe d'exclusivité inhérent au droit subjectif se verrait contrarié⁵. L'argument, pour sérieux qu'il soit, n'est cependant pas rédhibitoire. D'abord, parce que le principe de non-immixtion dans les affaires d'autrui n'est pas aussi absolu qu'il paraît l'être. Ainsi, la théorie de la gestion d'affaire, qui reconnaît l'efficacité des actes de gestion du patrimoine d'autrui accomplis sans l'accord de son titulaire, en offre une bonne illustration. De plus, la personne morale, créancière de l'obligation de transférer la propriété des biens affectés, serait toujours libre de refuser le droit qui lui serait conféré.

551. L'analyse de l'acte de fondation en un engagement unilatéral de volonté est d'autant plus souhaitable qu'elle présenterait une utilité sociale indéniable. Il existe, en effet, un intérêt social certain à ce qu'une obligation irrévocable pèse sur le fondateur afin d'éviter que le décès ou l'incapacité de ce dernier ne mettent à néant son projet. Enfin, la condition de nécessité ou de subsidiarité⁶ de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations serait pleinement remplie. Nous avons pu constater, en effet, que la

¹ En ce sens, J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 507 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 48.

² M.L. Izorche, thèse préc., n° 58. Selon M^{me} Izorche, une telle proposition procède d'une confusion entre l'obligation unilatéralement souscrite (c'est-à-dire l'obligation au maintien de l'offre) et l'obligation contractuelle qui, seule, exige, pour exister, l'intervention du créancier (M.L. Izorche, thèse préc., n° 42 et s. et n° 58). Contra, G. Wicker, thèse préc., n° 128, qui fait valoir que l'obligation au maintien de l'offre est une obligation de faire bien artificielle puisqu'il n'est pas possible de caractériser l'existence d'un droit de créance au profit du destinataire de l'offre. Ainsi, « le destinataire de l'offre n'a en réalité rien à exiger puisque son auteur est dans l'impossibilité de retirer sa proposition » (Ibid.). Pour M. Wicker, l'objet de l'engagement de l'offrant est l'engagement au contrat et le destinataire de l'offre est titulaire de deux droits distincts en vertu desquels il peut, d'une part, se prévaloir à l'encontre de l'offrant de l'engagement contractuel de ce dernier et a, d'autre part, le pouvoir de former le contrat par son acceptation (droit que l'auteur appelle « droit potestatif accessoire »).

³ En ce sens, G. Wicker, thèse préc., n° 133.

⁴ Cf. G. Wicker, thèse préc., n° 133.

⁵ Cf. Wicker, thèse préc., n° 133.

⁶ En faveur de la subsidiarité de l'engagement unilatéral de volonté, cf. J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, op. cit., n° 510, P. Jestaz, loc. cit., p. 15. Contra, M.L. Izorche, thèse préc., n° 31.

technique juridique de l'offre de donation comme mode d'affectation, quoique parfaitement valable, se révèle impropre à fournir une solution pleinement satisfaisante dès lors qu'elle ne peut mettre à la charge du fondateur une obligation de donner. Si Henri Souleau avait cru trouver le remède aux imperfections de la technique de l'offre de donation dans le recours à la Fondation de France¹, il nous semble toutefois que la consécration d'un acte de fondation unilatéral qui serait un engagement unilatéral de volonté constituerait une solution à la fois plus simple et plus sûre - puisqu'elle ne fait intervenir aucun intermédiaire - et moins onéreuse dans la mesure où le coût inhérent au recours à la Fondation de France est évité.

552. Malgré les avantages qui s'attachent à la reconnaissance de l'acte de fondation comme engagement unilatéral de volonté, la jurisprudence n'a, semble-t-il, pas consacré un tel pouvoir à la manifestation unilatérale de volonté du fondateur. Ceci n'est d'ailleurs guère étonnant, car dans d'autres domaines, les juridictions judiciaires adoptent, quant à l'engagement unilatéral de volonté, une attitude prudente et ambiguë et ne l'admettent que de manière implicite².

553. C'est la raison pour laquelle une intervention législative paraît opportune. Elle est d'autant plus souhaitable qu'il importe que des exigences formalistes garantissent la réalité et la qualité de la volonté du fondateur³. Il va de soi, en effet, que l'admission de l'acte de fondation comme engagement unilatéral de volonté n'est possible que lorsque le sujet a véritablement voulu s'engager c'est-à-dire lorsque celui-ci a manifesté clairement et sans équivoque sa volonté de fonder. D'ailleurs, le législateur, lorsqu'il a consacré des engagements unilatéraux de volonté, a toujours opté pour le formalisme. C'est notamment le cas de la souscription d'actions d'une société en formation, de l'offre de reprendre une

¹ Loc. cit., n° 18 et s. et n° 27.

² Cf. M.L Izorche, thèse préc., n° 148 et s. ; P. Jestaz, loc. cit., p. 11. M^{me} Izorche démontre par ailleurs que les engagements unilatéraux judiciairement consacrés révèlent une grande sévérité judiciaire. Ainsi, le juge ne reconnaît, selon elle, l'existence d'un engagement unilatéral de volonté que si la volonté émise présente une force particulière (ibid., n° 318, n° 326).

Il faut excepter de cette analyse la promesse d'exécuter une obligation naturelle dont la jurisprudence affirme avec netteté la nature d'engagement unilatéral de volonté : cf. Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, D. 1996, somm., 120, obs. R. Libchaber, D. 1997, J., 155, note G. Pignarre. Sur cet arrêt, v. également, N. Molfessis, L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 octobre 1995, D. 1997, chr., p. 85 et s. Sur cette analyse, voy. également, M. Gobert, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, Sirey, 1957, préface J. Flour, p. 151 et s.

³ En ce sens, P. Jestaz, loc. cit., p. 4. Cf. cependant, la thèse de M^{me} Izorche (thèse préc., n° 477) pour laquelle un formalisme strict n'est nullement indispensable.

entreprise en difficulté ou de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Le formalisme permet d'informer et de protéger les tiers et de résoudre, par avance, les difficultés probatoires.

554. Si en matière de fondation, le droit allemand se contente d'un simple écrit, il apparaît que la rédaction d'un acte authentique présenterait l'avantage d'être conforme à la règle de l'article 931 du Code civil posée en matière de donations¹, car si l'acte de fondation ne constituerait pas une donation, il n'en demeurerait pas moins un acte de disposition à titre gratuit qui devrait être, le cas échéant, soumis à réduction et à rapport. Il pourrait également être utile de subordonner la validité de l'acte de fondation à l'insertion de mentions obligatoires. Ainsi, à peine de nullité, devront figurer l'objet de la fondation et l'indication des biens qui lui seront affectés. L'organisation de la fondation par le fondateur (composition du conseil d'administration...) nous paraît moins importante d'autant plus que celle-ci est imposée actuellement par l'autorité administrative sous la forme de statuts-types, en fait obligatoires. Un système qui prévoirait l'application, en cas de défaillance du fondateur, d'un mode supplétif d'organisation de la fondation serait d'ailleurs envisageable.

555. En souscrivant cet engagement, le fondateur se rendrait débiteur, sous condition suspensive, d'une obligation de donner qui s'éteindrait au jour de la décision administrative attributive ou non de l'autorisation administrative de création². Par la fiction de la rétroactivité, le fondateur serait débiteur dès le jour de la souscription de son engagement. Une telle chronologie supposerait que l'autorisation administrative rétroagisse, elle-aussi, au jour de l'engagement du fondateur. Il n'y a là aucun obstacle dirimant dans la mesure où la pratique administrative ne s'y est jamais montrée défavorable³.

Ainsi, l'obligation du fondateur serait conditionnelle ; son existence dépendrait de l'obtention de l'autorisation administrative. L'objection déjà relevée selon laquelle la condition en tant que modalité d'un acte juridique ne peut affecter la personne de

¹ La forme authentique avait été ainsi exigée par le projet de loi proposé par la Société d'études législatives (rapport préc., p. 32, n° 32). De plus, il est souhaitable que soit fixé *dans la loi* un délai au delà duquel la demande de reconnaissance d'utilité publique ne pût plus être déposée. C'est ce qu'avait pu décider un projet de loi déposée en 1932 sur le bureau du Sénat (Sénat, J.O 1932, Doc., Annexe 8, p. 1).

² A défaut d'autorisation administrative, l'acte unilatéral de fondation devient caduc.

³ Ainsi, le Conseil d'Etat avait déjà admis la rétroactivité du décret de reconnaissance d'utilité publique en cas de création de fondations post-mortem (supra, n° 269).

l'accipiens, parce que celle-ci est un élément essentiel de l'acte juridique, ne porte plus lorsqu'il s'agit d'engagement unilatéral de volonté. L'engagement unilatéral de volonté permet en effet la reconnaissance d'une obligation sans créancier. Ainsi, la personne de l'accipiens-créancier n'est pas un élément constitutif, un élément essentiel de validité de l'obligation et peut fort bien être érigée en modalité conditionnelle de l'obligation.

556. Dès avant la réalisation de la condition, le fondateur n'en serait pas moins obligé de s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher la naissance de son obligation (article 1178 du Code civil). A ce titre, il devrait assurer la conservation des biens apportés, s'abstenir de tout acte susceptible de faire obstacle au transfert de propriété à la fondation et tenir compte des fruits des biens affectés à compter de la souscription de l'engagement.

557. En droit commun, l'opposabilité aux tiers du transfert des biens repose, pour les immeubles, sur la publication de l'acte au registre des hypothèques et pour les biens meubles, sur la prise de possession réelle. On peut aisément imaginer que la publication de l'acte unilatéral de fondation à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble assure l'opposabilité du transfert des immeubles aux tiers titulaires de droits concurrents portant sur le même immeuble. Evidemment, cette publication sera faite à la condition d'obtention de la décision administrative d'attribution de la personnalité morale¹.

558. S'agissant des biens mobiliers, il est piquant de remarquer que des garanties de transfert des fonds compris dans la dotation initiale ont été prévues pour la fondation d'entreprise et non pour la fondation reconnue d'utilité publique. C'est ainsi que l'article 5 du décret du 30 septembre 1991 fait obligation au fondateur de consigner entre les mains d'un tiers les fonds apportés au titre de la dotation initiale². Nous en avons également conclu que ces fonds étaient frappés d'indisponibilité. L'extension de ce mécanisme aux fonds compris dans la dotation initiale de la fondation reconnue d'utilité publique est éminemment souhaitable. A condition toutefois de compléter ce procédé, car rien n'a été prévu quant au retrait des fonds en cas de refus d'autorisation administrative. Pour ce faire, il est possible de s'inspirer du mécanisme institué pour les apports en numéraire dans les

¹ A l'instar de l'article 1843-1 du Code civil qui énonce que « l'apport d'un bien ou d'un droit soumis à publicité pour son opposabilité aux tiers peut être publié dès avant l'immatriculation et sous la condition que celle-ci intervienne. A compter de celle-ci, les effets de la formalité rétroagissent à la date de son accomplissement ».

² Cf. *supra*, n° 344.

sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée. Ainsi, pour les sociétés à responsabilité limitée (L. 24 juillet 1966, article 39 alinéa 2), les apporteurs peuvent, à défaut d'immatriculation de la société dans un délai de six mois à dater du jour du premier dépôt de fonds, demander au Président du tribunal de commerce l'autorisation de retirer le montant de leurs apports. Par analogie et sur présentation de la décision de refus d'attribution de la personnalité morale, le fondateur pourrait récupérer les sommes versées.

559. Bien évidemment, la consécration en droit positif d'un acte unilatéral de fondation rendant le fondateur débiteur d'une obligation de donner n'a de sens et d'intérêt que pour les fondations créées par acte entre vifs¹, l'incapacité et le décès du fondateur ne pouvant nuire qu'aux fondations créées par acte entre vifs.

Paragraphe II- Les améliorations nécessaires à la création de fondations post-mortem.

560. Il existe à l'heure actuelle deux modes de création de fondations par acte à cause de mort, le legs avec charge de fonder et le legs à fondation future sous condition suspensive de reconnaissance d'utilité publique². On se souvient que le legs direct conditionnel à personne morale future est une création législative fortement critiquée tant par les praticiens que par la doctrine civiliste³. Cette insatisfaction explique que d'aucuns aient proposé, pour créer des fondations par acte à cause de mort, de revenir, moyennant quelques améliorations, à la technique du legs avec charge de fonder. On ne peut que s'étonner de cette proposition, étant donné la virulence des critiques adressées au legs avec charge de fonder⁴. En fait, le recours au legs avec charge de fonder est présenté par ses promoteurs comme le moyen de mettre fin à l'artifice doctrinal consistant dans la transposition au bénéfice d'une personne morale future de la faveur accordée à l'enfant simplement conçu au jour de l'ouverture de la succession⁵. Par ailleurs, il permettrait, sur

¹ Par ailleurs, il est bien inutile de consacrer l'acte de fondation en un acte unilatéral translatif lorsque la fondation est créée par acte à cause de mort, car l'acte de fondation, dans cette situation, consiste en un legs et que le legs est l'exemple typique de l'acte unilatéral translatif.

² Les difficultés qui se posent en matière de fondations par acte à cause de mort et tenant à l'administration des biens sont les mêmes quelle que soit la position adoptée sur l'intervention étatique préalable.

³ Cf. supra, n° 296 et s.

⁴ Cf. supra, n° 280 et s.

⁵ P. Catala, La constitution des fondations et le Code civil, loc. cit., p. 169. Selon cet auteur, l'article 18-2 « institue une jacence de la propriété héréditaire totalement étrangère à notre tradition successorale » et

le plan pratique, de supprimer la saisine spécifique aux biens affectés à l'œuvre, institution dont la nature est indéterminée. Aussi, le procédé du legs avec charge de fonder devrait-il, selon eux, faire l'objet d'une consécration légale. Il faudrait, par ailleurs, selon ces auteurs, prévoir, en matière de saisine, une mesure dérogatoire au droit commun qui consisterait en l'obligation faite au légataire grevé de la charge de fonder de se faire envoyer en possession dans les formes prescrites à l'article 1008 du Code civil, quels que soient la forme du testament, la nature du legs et les successibles en concours, afin que soit fixé dans l'ordonnance d'envoi en possession un délai, éventuellement prorogeable, pour le dépôt de la demande de reconnaissance d'utilité publique de la fondation-personne morale bénéficiaire de la charge de fonder. Enfin, les partisans de ce procédé proposent que soit institué un système destiné à pallier la carence d'exécution du légataire¹. Ainsi, pour remédier à l'inexécution du légataire, pourrait être désigné « un **administrateur au legs** qui assurerait l'exécution de la charge le grevant, par représentation du légataire défaillant, selon les règles applicables à l'administration légale sous contrôle judiciaire, telle qu'elle a été prévue pour les mineurs à l'exemple de ce qui était déjà pratiqué pour la représentation du présumé absent »². Par application de ces règles, le juge des tutelles, sur demande de tout intéressé ou du Ministère public, serait investi de la charge de désigner cet administrateur au legs.

Le remède proposé à la défaillance du légataire grevé de la charge de fonder n'est guère convaincant. Il existe, en effet, d'autres manières de s'assurer de l'exécution de la charge de fonder³. Quant à l'obligation faite au légataire avec charge de solliciter, dans tous les cas, l'envoi en possession, le motif qui la justifie (la fixation d'un délai de dépôt de la reconnaissance d'utilité publique) nous paraît bien mince. L'application du droit commun des libéralités avec charge permet déjà aux tribunaux de prescrire la fixation d'un délai pour l'exécution de la charge⁴.

rappelle, en outre, la théorie de l'enfant endormi du droit musulman.

¹ On peut se demander si cette hypothèse vise également le cas de répudiation du legs par le légataire avec charge de fonder.

² Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 47.

³ Sur l'exécution des charges, cf. infra, n° 604 et s.

⁴ Cf. par ex., Rennes, 28 juin 1966, D. 1967, J., 18, à propos de l'exécution de la charge imposée à une commune de créer un hospice.

561. Il nous semble que la technique du legs avec charge de fonder, même améliorée, doit être rejetée en raison de la déformation de la théorie des libéralités qu'elle génère. Le recours à la Fondation de France pour créer une personne morale nouvelle est d'ailleurs inapte à remédier à cette situation, dans la mesure où il ne modifie pas l'analyse de l'opération en un legs avec charge de fonder¹. Or, la qualification de l'opération en un legs avec charge de fonder est critiquable, car l'intermédiaire désigné par le testateur n'est pas un légataire véritable mais seulement un mandataire du *de cuius*. Il n'est nul besoin pour autant d'interdire par voie légale le legs avec charge de fonder : la validité du legs direct à fondation future ou l'institution, *de lege ferenda*, de la fiducie-libéralité devraient raréfier - et à terme faire disparaître - l'emploi par les fondateurs du legs avec charge de fonder. La fiducie, nous l'avons vu, n'est pas un instrument adéquat pour réaliser une fondation non personnalisée, en raison de son caractère temporaire². Mais, si l'on fait abstraction des difficultés théoriques que son admission génère³, la fiducie paraît adaptée à la création d'une personne morale nouvelle. Elle est préférable au legs avec charge de fonder, car il nous semble que l'intermédiaire chargé de procéder à la constitution de la personne morale nouvelle n'agit qu'en qualité de mandataire du *de cuius* et que cette qualité se concilie difficilement avec celle de légataire (tout au moins de légataire particulier)⁴. La fonction de fiduciaire, même si elle se réalise moyennant une concession temporaire de propriété, s'apparente, en revanche, davantage à celle de mandataire⁵.

562. De plus, la fonction fiduciaire de gestion temporaire des biens et de restitution à un bénéficiaire correspond exactement à l'opération de création de fondations post-mortem. Si la fiducie testamentaire n'est expressément prévue par le projet de loi, il est tout-de-même permis au disposant de conclure un contrat de fiducie, librement révocable, portant sur les biens à venir.

L'inexistence du bénéficiaire (la personne morale nouvelle) au moment de la conclusion du contrat ne semble pas être un obstacle à la validité du contrat de fiducie dès lors que sont fixées les règles de désignation du bénéficiaire final. Si la fondation-personne morale

¹ Contra, H. Souleau, qui proposait de recourir à la Fondation de France pour créer une fondation post-mortem (loc. cit., n° 17).

² Cf. supra, n° 505 et s.

³ Sur ce point, cf. supra, n° 501 et s.

⁴ Cf. supra, n° 293.

⁵ En ce sens, A. Bénabent, loc. cit., n° 4.

ne venait finalement pas à voir le jour pour des facteurs extérieurs au comportement du fiduciaire (comme le refus de reconnaissance d'utilité publique), les biens devraient être représentés au constituant ou à ses ayants cause (article 2270-11).

563. Le procédé de la fiducie n'exclurait pas pour autant le recours au legs direct adressé à une personne morale future pour la création de fondations post-mortem. Du point de vue théorique, l'admission du legs direct à personne morale future ne paraît pas soulever de sérieuses difficultés, car par la fiction de la rétroactivité, la vacance de la propriété des biens, objet du legs, est évitée. En revanche, le régime de constitution de la fondation future gagnerait à être clarifié.

Le principe même de désignation de personnes spécialement affectées à la constitution de la fondation et pourvues, à cet effet, de pouvoirs spéciaux paraît devoir être maintenu, car il constitue une garantie de respect de la volonté du testateur.

Il semble, par ailleurs, que la doctrine s'accorde à considérer que la saisine dont sont investies les personnes affectées à la constitution de la fondation s'entend d'un simple pouvoir d'administration des biens. Il nous était apparu, en effet, que la saisine se rapprochait de celle de l'exécuteur testamentaire par sa nature mais qu'elle s'en distinguait tant par sa durée que par son étendue. Il serait tentant, à première vue, de faire des personnes en charge de la constitution des fondations des exécuteurs testamentaires aux pouvoirs renforcés. Bien que l'analyse ne puisse être retenue dans tous les cas de figure, car l'exécuteur testamentaire est exclusivement désigné par le testateur et que les personnes en charge de la constitution de la fondation peuvent l'être par le Préfet, elle présente au moins le mérite de mettre l'accent sur le rôle de représentant du *de cuius* de ces personnes.

564. Cette analyse nous semble préférable à celle qui fait des personnes en charge de la constitution des fondations des représentants de la personne morale future, analyse qui a, d'ailleurs, inspiré une proposition de modification du droit actuel¹.

¹ Il est vrai qu'il y aurait une autre manière d'envisager la nature des fonctions des personnes en charge de la constitution d'une fondation qui consiste à en faire non plus des représentants mais les détenteurs d'un droit propre qu'elles exercent en leur nom propre quoique pour le compte d'autrui (pour cette analyse appliqué à l'exécuteur testamentaire, v. M. Storck, thèse préc., n° 278). En cette qualité, ces personnes seraient titulaires d'un droit réel restreint. Cette conception qui les rapproche de la qualité de fiduciaire ne peut être retenue car elle nous paraît étrangère à notre tradition successorale qui ne connaît pas d'intermédiaire de transmission titulaire de droit réel et qui, au contraire, repose sur le principe de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers.

565. Ainsi, d'aucuns ont proposé, pour pallier le défaut de désignation du légataire par le testateur, d'instituer un mécanisme de représentation de la fondation-personne morale non encore créée par assimilation de celui qui est en vigueur pour les présumés absents. En conséquence, le juge des tutelles du lieu d'ouverture de la succession, saisi par tout intéressé ou par le ministère public, serait compétent pour désigner « **un administrateur à la fondation** » ayant pour mission de « solliciter l'envoi en possession des biens donnés en vue de leur conférer l'affectation voulue par le testateur »¹. L'administrateur à la fondation devrait se conformer aux règles de l'administration légale des mineurs sous contrôle judiciaire et serait ainsi tenu à reddition des comptes, une fois sa mission accomplie c'est-à-dire lorsque la fondation serait mise en possession des biens qui lui sont destinés.

566. Cette proposition, pour ingénieuse qu'elle soit, ne nous satisfait guère. Sur le plan théorique, elle nous paraît procéder d'une assimilation abusive de la fondation à créer à un incapable mineur. La situation est bien différente. La fondation future n'est pas affligée d'une incapacité véritable, même si l'article 906 du Code civil est englobé parmi les incapacités de recevoir à titre gratuit : elle souffre en réalité d'inexistence. Et quand bien même la fondation future serait frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, celle-ci ne serait en rien comparable à l'incapacité du mineur pour la simple raison que ce dernier est frappé d'une incapacité d'exercice et non, comme la fondation inexistante, d'une incapacité de jouissance. La situation de la fondation future diffère également de celle du présumé absent puisque la période de présomption d'absence s'accompagne d'une présomption d'existence². En conséquence, l'administrateur des biens d'une personne présumée absente gère le patrimoine d'une *personne existante*.

567. La situation de la personne morale future est davantage comparable à celle de l'enfant conçu³. Or, on sait que la représentation de l'enfant conçu est tolérée grâce à la fiction selon laquelle l'enfant devrait être tenu pour né au moment où les actes ont été accomplis en son nom⁴. Pourtant, l'analyse des personnes en charge de constituer la fondation en des représentants de la personne morale future n'est pas pleinement

¹ B. de Saint Affrique, Legs au profit d'une fondation à créer, loc. cit., p. 176.

² En ce sens, F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, 6^{ème} éd., Dalloz, 1996, n° 36.

³ Sans toutefois se confondre avec elle. L'enfant conçu est une personne juridique même si cette personnalité juridique n'est que conditionnelle car elle dépend de la naissance de l'enfant viable et vivant.

⁴ En vertu de la maxime *infans conceptus pro nato habetur*.

satisfaisante. Si ces personnes sont des représentants d'une personne future, auprès de qui seront-elles tenues de rendre des comptes en cas d'inertie dans l'exécution de leur mission ou de mauvaise administration des biens ? En outre, lorsque le fondateur s'est montré très imprécis sur le contenu de son projet de fondation donc sur la personne même du représenté (c'est-à-dire sur son organisation), il est difficile d'admettre que le représentant ait le pouvoir d'y remédier, sauf à considérer que le représentant d'une personne a la faculté de façonner la personne qu'il représente .

568. Quel que soit le destinataire final des biens, les personnes en charge de la constitution de la fondation tiennent en réalité leurs pouvoirs du *de cuius* ou, à défaut de désignation par le testateur, de la loi. Dans ce dernier cas, il paraît exact de dire qu'elles agissent pour le compte d'autrui en vertu de pouvoirs légaux. C'est une habilitation d'origine légale qui fonde le pouvoir d'agir de la fondation reconnue d'utilité publique alors que les personnes désignées par le testateur agissent en vertu du mandat attribué par le testateur même si, dans ce dernier cas, c'est la loi qui définit les pouvoirs qui peuvent lui être attribués. Dès lors, en bonne logique, il faudrait distinguer selon que les personnes saisies tiennent leur pouvoir de représentation du testateur ou de la loi.

569. **Dans le premier cas**, les personnes saisies devraient être d'abord régies par les dispositions spécifiques de la loi du 23 juillet 1987 modifiée et pour le reste, par les principes généraux du mandat. Comme tout mandat, le mandat de gérer les biens affectés à la fondation est, en principe, un service gratuit. Toutefois, la gratuité n'étant pas de l'essence du mandat, une rémunération pourrait être allouée au mandataire du *de cuius*.

Par application des règles régissant le mandat, la fonction du mandataire cesse par sa démission volontaire, son décès ou l'accomplissement de la mission pour laquelle il a été nommé c'est-à-dire la mise en possession de la fondation future des biens à elle destinés. A l'instar de ce qui est permis pour l'exécution testamentaire lorsque l'exécuteur testamentaire commet des malversations ou, par des négligences graves, compromet les intérêts des héritiers ou des légataires universels¹, la destitution du mandataire à la requête des héritiers ou légataires universels nous semble également envisageable. Mais si la destitution du mandataire était admise, faut-il aller plus loin et reconnaître au tribunal le droit de le remplacer ? L'enjeu est de taille, car le legs est frappé de nullité si la demande de reconnaissance d'utilité publique n'est pas déposée dans l'année de l'ouverture de la

¹ Cf. J. Hérail, Jurisclasseur civil, article 1025 à 1034, 1996, n° 91.

succession. Il s'ensuivra que les biens feront retour à la masse successorale et seront dévolus selon les règles de dévolution successorale. Lorsque c'est le *de cujus* lui-même qui a désigné les personnes en charge de la constitution de la fondation future, il est difficile d'admettre qu'il puisse être remplacé, car on peut subodorer que son choix s'est porté sur cette personne à raison de ces qualités personnelles.

Dans le second cas, les attributions des personnes en charge de la constitution de la fondation étant fixées par le législateur (qui est à l'origine de leur pouvoir de représentation), il paraît impossible de les compléter.

570. Opérer une telle distinction dans le statut de ces personnes selon la source de leur pouvoir est évidemment injustifiable. Il vaudrait mieux, pour mettre un terme à cette incohérence, faire de ces personnes des *administrateurs des biens* légués à la fondation sans cesser pour autant d'en faire des représentants du testateur. La nomination de cet administrateur aux biens devrait, en principe, être faite par le testateur. A défaut de désignation par ce dernier, la disposition légale de l'article 18-2 instituant une fondation reconnue d'utilité publique désigné par le représentant de l'Etat trouverait application. Puisque l'administrateur des biens de la fondation tiendrait, quoique nommé par le testateur, ses pouvoirs de la loi et non du testament, sa destitution et son remplacement quelle qu'en soit la cause (refus d'acceptation de sa mission ou décès) deviendraient - dans les conditions prévues par la loi¹ - possibles.

571. En sa qualité d'administrateur et par analogie à l'administrateur judiciaire, l'administrateur des biens de la fondation serait habilité à accomplir tous les actes ressortissant à la gestion normale des besoins (par référence à l'article 815-3 du Code civil). La loi actuelle prévoit cependant que des pouvoirs plus étendus, comme celui d'accomplir des actes de disposition sur les biens affectés, peuvent lui être confiés par le testateur. Toutefois, en raison du caractère conditionnel de l'apparition de la fondation future et du droit intangible des héritiers réservataires à ce que la réserve leur soit fournie en nature, le pouvoir de vendre les immeubles légués à la fondation future devrait être subordonné, lorsqu'il existe des héritiers réservataires, à l'accord des héritiers ou, à défaut, à une autorisation judiciaire.

¹ Il paraît souhaitable que l'autorité judiciaire plutôt que l'autorité administrative, se voit confier ce pouvoir.

572. En outre, comme seuls les successeurs saisis (héritiers et légataires universels) sont tenus *ultra vires*, l'administrateur des biens du *de cuius* devrait être, en principe, étranger à la liquidation du passif successoral. Toutefois, afin de faciliter le règlement successoral, il serait bon de prévoir que l'action en paiement des créanciers successoraux pourrait être dirigée contre lui dans l'hypothèse où la fondation à créer est seule investie de la vocation au tout. Celui-ci ne serait alors tenu qu' « *intra vires* » et « *cum viribus* »¹. Enfin, jusqu'à la décision d'autorisation administrative, il faut décider que les héritiers ou légataires ne peuvent provoquer le partage, car il peut se faire que la fondation ne soit jamais créée².

573. A l'expiration de sa mission, l'administrateur des biens affectés à la fondation devrait rendre compte de sa gestion. Puisque l'administrateur des biens gèrerait les biens pour le compte de qui ils appartiendront, la logique commande qu'il soit tenu de rendre compte à ceux qui recueilleront les biens en définitive c'est-à-dire aux successibles ou à la fondation. Sa responsabilité serait calquée sur celle d'un mandataire non salarié. Ainsi, l'administrateur des biens répondrait des conséquences de l'inexécution de sa mission. En particulier, il devra répondre de l'inaccomplissement des formalités de constitution et notamment du non-dépôt dans les délais requis de la demande de reconnaissance d'utilité publique.

574. Sur le plan extra-patrimonial, les personnes désignées par le testateur ou, à défaut par le préfet, ont le pouvoir et le devoir de procéder aux « formalités de constitution » de la fondation. Mais que recouvre, en fait, cette formule ? Elle comprend certainement le pouvoir de solliciter la demande d'autorisation étatique (article 18-2). Elle permet également de réunir les pièces à produire à l'appui de la reconnaissance d'utilité publique c'est-à-dire la présentation d'un dossier financier précis (projet de budget de référence) et la nomination des premiers membres du Conseil d'administration afin que la fondation puisse fonctionner dès la reconnaissance d'utilité publique. Mais faut-il aller plus loin et

¹ Par analogie à la solution retenue par la doctrine pour l'obligation au passif de l'exécuteur testamentaire : v. P. Durnerin, La notion de passif successoral, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 217, 1992, préface G. Cornu, n° 394.

² On remarquera que lorsque la succession comprenait un enfant simplement conçu, le représentant de ce dernier (sous l'empire de l'ancien article 393 du Code civil instituant un curateur au ventre) ne pouvait, selon certains auteurs, provoquer le partage et devait s'abstenir de répondre à une action en partage intentée par les cohéritiers de l'enfant conçu (en ce sens, H. Lalou, Etude de la maxime *infans conceptus pro nato habetur*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1904, p. 123 à 126).

admettre que les formalités de constitution dont ces personnes sont chargées comprennent celles de compléter le projet de fondation du *de cuius* ou de consentir aux modifications exigées par l'autorité administrative ? Une distinction s'impose : lorsque l'imprécision porte sur le but ou les modalités d'action de la fondation projetée, il faut refuser au représentant du *de cuius* le pouvoir de compléter ou de modifier ces éléments, car la notion de fondation se définit non seulement par un but d'intérêt général mais également par la manière dont elle accomplit ce but. Or, permettre au représentant du *de cuius* de combler cette insuffisance testamentaire serait faire de lui le véritable créateur de la personne morale et, d'une certaine façon, lui donner le pouvoir de désigner le légataire. En pareil cas, il nous semble que c'est la volonté même de fonder qui est douteuse, si bien que le projet de fondation ne devrait pas pouvoir prospérer.

Il est, en revanche, concevable que le représentant du *de cuius* puisse suppléer à la carence du fondateur dans l'organisation de la fondation (composition et attributions des organes dirigeants...). Cela soulève d'autant moins de difficultés que la composition des organes de gestion des fondations doit être conforme aux statuts-types tout au moins dans leurs dispositions essentielles. Ainsi, en matière de fondations par acte entre vifs, l'autorité administrative sollicite du représentant du fondateur un *mandat exprès* de consentir aux modifications exigées par l'autorité administrative.

Conclusion du Titre II

575. Les procédés créateurs de fondations ont largement fait l'objet de critiques importantes et variées. Il a donc fallu examiner si les reproches dirigés à l'encontre de l'acte de fondation sont mérités. Cette recherche a *d'abord* été opérée en fonction de la finalité de l'affectation. Dans cet esprit, la notion d'intérêt général est apparue assez souple pour tolérer l'accès des fondations à tous, personnes physiques ou morales, particuliers ou entreprises. Il nous a semblé également que le contrôle administratif préalable des fondations se trouve légitimé par la reconnaissance par l'autorité publique du caractère d'intérêt général de la fondation ainsi que par la protection de la personne morale-fondation. En revanche, les caractères de l'autorisation administrative de création comme ses modalités de mise en œuvre gagneraient à être assouplis. Dans cette optique, il serait bon de déterminer, par voie légale, les conditions d'attribution de l'autorisation administrative de création des fondations afin que le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative soit plus réduit qu'il ne l'est actuellement. La reconnaissance au Conseil national des fondations d'attributions consultatives en matière de création de fondations pourrait également être envisagée.

Cette prise en considération de l'intérêt général ne saurait néanmoins se faire aux dépens de l'intérêt des familles. La protection de la famille constitue en effet une valeur tout aussi digne d'intérêt que celle représentée par l'intérêt général et justifie le maintien de la réserve successorale. Mais, dans la mesure où la réserve successorale assure une protection suffisante de la famille, la pratique administrative de la réduction des legs apparaît injustifiable.

576. L'existence d'une affectation de biens dans les fondations imposait *ensuite* de s'interroger sur l'opportunité de consacrer un acte de fondation spécifique prenant en compte cette affectation. La question se posait avec d'autant plus de force que l'acte de fondation a été présenté comme perturbant la théorie des libéralités. Dans cette optique, plusieurs formules pouvaient être envisagées. Aucune d'elles ne nous ont convaincue. Ainsi, nous avons rejeté l'idée d'introduire les théories allemandes des patrimoines d'affectation ou des patrimoines sans sujet, car celles-ci nous ont semblé, soit trop éloignées des principes fondamentaux de notre droit, soit inefficaces. Le recours à la fiducie comme mécanisme de substitution à la technique de la libéralité avec charge nous

a semblé, pour sa part, provoquer une modification du droit de propriété. Au plan pratique, il est, par ailleurs, inapte à constituer une structure d'hébergement du service d'intérêt général à caractère pérenne non personnalisé.

A cet égard, la Fondation de France fait davantage montre de supériorité. Cet organisme possède en effet toutes les garanties attendues d'efficacité. Aussi, le droit des fondations non personnalisées n'appelle-t-il aucune modification législative.

Pour les fondations autonomes, en revanche, l'intervention législative nous est apparue nécessaire. Déjà, en 1928, René Savatier écrivait que l'heure du législateur était arrivée¹. Si sa suggestion a été suivie d'effet en 1987, l'apport de la loi de 1987 a été par trop fragmentaire. Dans ces conditions, une réforme d'ensemble paraît s'imposer. Pour les fondations créées du vivant du fondateur, la réforme pourrait prendre la forme de la consécration d'un acte de fondation spécifique qui s'analyserait en un engagement unilatéral de volonté. Il nous a semblé en revanche que la création de fondations post-mortem devrait continuer, comme depuis 1990, à se couler dans le moule du legs direct à personne morale future, à condition que le statut des personnes en charge des formalités de constitution de la fondation reconnue d'utilité publique soit précisé.

¹ Note sous Paris, 1^{er} juillet 1926, D.P. 1926, 2, 121.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

577. Au terme de cette étude sur la création de fondations, il nous est apparu que la technique d'affectation passe concrètement par la création d'une fondation reconnue d'utilité publique ou d'une fondation d'entreprise ou dans un transfert de biens à un établissement public ou d'utilité publique, moyennant l'obligation pour lui de réaliser l'affectation. Comme le transfert de biens se fait dans la plupart des cas sans contrepartie, l'acte de fondation s'insère, en général, dans la théorie des libéralités (pures et simples ou avec charge). Les critiques véhémentes dont a fait l'objet cette insertion ne nous ont pas paru toujours pleinement justifiées. Ainsi, s'il a pu être constaté que ces techniques d'affectation impliquent des limites à la liberté de fonder, la limitation de la liberté du fondateur de disposer de ses biens par la réserve successorale ou la soumission des fondations autonomes à une autorisation administrative préalable nous ont semblé légitimées par la considération de l'intérêt des familles ou par l'intérêt général. D'autres limites à la liberté de fonder (comme la pratique de la réduction administrative) ne peuvent, en revanche, être justifiées par aucun principe juridique ni même aucune considération d'opportunité.

578. Plus gravement, l'efficacité des procédés créateurs de fondation nous a semblé parfois insuffisante ou aléatoire parce que subordonnée au bon vouloir des juges du fond. Le cas des fondations non personnalisées offre une bonne illustration de cette idée. L'efficacité de l'acte de fondation n'est, de plus, obtenue que par une déformation du droit des libéralités (dénaturation de la notion d'acte libéral ou méconnaissance de l'intuitus personae). Il nous est apparu que ces imperfections ne peuvent s'expliquer qu'au regard de la particularité de la propriété fondative c'est-à-dire de son essence de patrimoine affecté. Ainsi, de la particularité de la propriété fondative découle la personnalité fictive de la personne morale-fondation ou la jurisprudence qui accorde une importance moindre à la personne-affectataire pour privilégier le but auquel des biens sont affectés. L'idée de patrimoine affecté à un but explique que la jurisprudence

ait, par des moyens parfois artificiels, cherché à « contourner » l'absence de personne juridique pour recevoir les biens et leur donner l'affectation voulue.

579. D'où la tentation de voir dans les fondations un patrimoine affecté, pour leur appliquer la théorie du patrimoine d'affectation. Sous sa forme absolue, cette théorie, qui nie le sujet de droit, conduit à décider que les biens, du seul fait de leur affectation, sont érigés en entité autonome. Elle ne peut qu'être rejetée tant elle est étrangère à notre tradition juridique. Sous sa manifestation atténuée (dite des patrimoines d'affectation), la théorie, qui récuse l'idée de patrimoines sans sujet actif, mais considère que les biens peuvent être regroupés en fonction de leur destination à un but déterminé, admet le fractionnement du patrimoine général d'une personne en plusieurs patrimoines différenciés. Appliquée aux fondations, l'idée d'un patrimoine autonome affecté à une œuvre d'intérêt général au sein du patrimoine général du fondateur s'est révélée incompatible avec la pérennité des fondations.

580. Il en résulte que la création de fondation passe *nécessairement* par un transfert de biens à un sujet de droit (existant ou à créer). Conciliant le principe d'un transfert de biens avec la constitution d'un patrimoine autonome, le recours à la fiducie a semblé à certains attrayant. Pourtant, le recours à la fiducie ne nous a guère convaincue : il nous est apparu que les prétendus avantages de la fiducie (« purification » de la notion de libéralité ou remède à l'inefficacité de la théorie des libéralités avec charge) n'étaient pas prouvés. Mieux encore, il nous a semblé que la fiducie-libéralité provoque une modification du droit de propriété et qu'elle n'était utilisable que pour répondre à des besoins temporaires (comme le transfert des biens affectés au fiduciaire en attendant l'apparition de la personne morale nouvelle) et non pour la création de services d'intérêt général à caractère pérenne.

581. Pour parvenir à améliorer les procédés créateurs de fondation, il nous a paru d'abord nécessaire de reconnaître la spécificité de l'acte de fondation. La consécration de l'acte de fondation d'une personne morale nouvelle en un acte unilatéral, plus précisément en un engagement unilatéral de volonté de même que le maintien du legs direct à fondation future, participeraient de la reconnaissance de la spécificité de l'acte de fondation. La création de fondations non personnalisées pourrait ensuite être efficacement, et sans qu'il y ait dénaturation de la notion de libéralité, réalisée par le recours à la Fondation de France.

582. Si ces réformes devaient être introduites dans notre Droit positif, la technique d'affectation de biens serait assurément perfectionnée. Mais il ne suffit de rendre la création de fondations plus sûre et plus attractive. Il faut encore vérifier par une approche plus dynamique de la mécanique des fondations que le recours aux techniques d'affectation proposées *garantit* la réalisation de l'affectation.

DEUXIEME PARTIE

LA VIE ET LA DISPARITION DES FONDATAIONS

583. Un panorama du droit positif régissant la vie des fondations permettra de prendre la mesure de l'efficacité des techniques d'affectation. Puisque, en l'état du Droit positif actuel, la fondation reconnue d'utilité publique est la seule personne morale qui réponde à l'exigence de pérennité et d'intérêt général, il paraît nécessaire de vérifier qu'elle possède, en fait, la capacité de pérenniser le service d'intérêt général. La même démonstration devra être opérée pour la Fondation de France, technique d'affectation qui nous est apparu tout-à-fait adaptée pour les fondations non personnalisées¹. L'efficacité des techniques d'affectation s'apprécie au regard de certains indicateurs tels que les mécanismes de contrôle de l'exécution de l'affectation et la capacité des fondations à s'adapter aux évolutions économiques ou sociales.

584. Pour ce qui concerne le mécénat d'entreprise, les choses se présentent sous un angle quelque peu différent en ce sens que la conformité de l'emploi des biens à leur destination d'intérêt général ne peut suffire à convaincre de l'efficacité de la technique d'affectation. Le fonctionnement de la fondation doit, en outre, être adapté aux besoins du mécénat d'entreprise. Si, par son régime financier, la fondation d'entreprise s'est révélée plus attrayante pour les entreprises que les fondations reconnues d'utilité publique, le régime juridique de la fondation d'entreprise ne peut être entièrement satisfaisant que s'il est démontré, par ailleurs, que cette personne morale tolère la réalisation d'actions de communication d'entreprise. Dans le même temps, la personne des fondateurs laisse craindre que le fonctionnement des fondations ne soit que le prétexte à une opération de promotion des produits de la société, qui serait évidemment illicite.

585. L'exposé du Droit positif (Titre I) précédera une analyse critique et la mise au jour d'imperfections auxquelles il faudra apporter des remèdes (Titre II).

¹ Cf. supra, n° 514 et s.

TITRE I- EXPOSE DU DROIT POSITIF.

586. Appréhendées sous l'angle de la *finalité de l'affectation*, les règles de fonctionnement des fondations ne présentent pas un intérêt équivalent. Ainsi est-il des rapports entre la fondation d'utilité publique et son personnel ou des obligations dont la fondation est redevable en tant qu'employeur : la nature privée de la fondation reconnue d'utilité publique détermine l'application au personnel des fondations du régime de droit privé, régime de droit commun¹. De même, les fondations, comme toute personne morale, ont un domicile, une nationalité et une dénomination, cette dernière étant, il est vrai, pénalement protégée. Il suffira, par conséquent, de renvoyer au droit commun.

587. Dans cette optique, feront donc l'objet de l'exposé les règles de fonctionnement et de disparition spécifiques aux fondations.

588. Au regard de la finalité des fondations, il importe de distinguer, comme nous l'avons fait auparavant, entre les fondations dont la vocation est la pérennisation d'une œuvre d'intérêt général (chapitre I) et celles s'inscrivant dans le cadre du mécénat d'entreprise (chapitre II).

¹ Sur ce sujet, cf. N. Bodson, Le contentieux du personnel des fondations, Petites affiches, 22 avr. 1994, n° 48, p. 12 et s.

CHAPITRE I- REGLES DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES.

589. La pérennisation d'une œuvre d'intérêt général emprunte deux formes selon que la masse de biens affectée se trouve ou non revêtue de la personnalité morale. Chacune d'elles appelle des remarques particulières.

SECTION I- FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.

590. La réalisation de l'affectation par une personne autre que le fondateur éloigne l'œuvre de son fondateur. Les prérogatives sur les biens sont en effet transférées à l'affectataire par le fondateur. Il n'est pas inutile dans ces conditions de déterminer la nature et l'étendue de ces prérogatives (paragraphe I). Puisque le but de l'affectation va au-delà de la simple gestion des biens et qu'il implique l'exercice d'une activité d'intérêt général, il induit une activité personnelle du chargé d'affectation. Si, en principe, l'affectataire exerce son activité en toute liberté, il arrive que celle-ci fasse l'objet de limitations (paragraphe II). Le fondateur ne se trouve pas pour autant dépourvu de tout moyen d'action pour garantir l'exécution de son œuvre (paragraphe III).

Paragraphe I- Nature et étendue des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés.

591. Puisque les prérogatives de l'affectataire sur les biens doivent être exercées dans le respect de la destination que leur a imprimée le fondateur, la question de leur nature peut se poser (A). La détermination de la nature des prérogatives de l'affectataire permet en principe de connaître l'étendue des prérogatives exercées par celui-ci sur les biens affectés (B).

A- La nature des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés.

592. Les droits de l'affectataire sur les biens sont finalisés par le but à atteindre¹. Les biens grevés de charge ne peuvent, en effet, être employés à un usage autre que celui auquel le fondateur les aura destinés. Tout se passe comme si le titre de propriétaire n'était conféré à l'affectataire que pour qu'il dispose des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Cette absence de liberté du chargé d'affectation est la conséquence inéluctable de la notion de destination. Elle pourrait même laisser penser que l'exercice de ces prérogatives sur les biens sont des pouvoirs et non des droits subjectifs. Alors que les droits subjectifs sont librement exercés par leur titulaire, les pouvoirs, eux, sont exercés dans un intérêt au moins en partie autre que celui de leur titulaire². Pour autant, l'analyse des prérogatives de l'affectataire en des pouvoirs et non en des droits subjectifs est démentie par le second élément discriminant le pouvoir du droit subjectif. Le pouvoir se différencie des droits subjectifs par l'incidence juridique de l'exercice des pouvoirs. L'exercice des pouvoirs produit effet, non dans le patrimoine de leur titulaire, mais dans celui d'un autre sujet de droit. Or, en matière de fondation, le transfert des prérogatives sur les biens s'accompagnant d'un transfert de propriété des biens affectés, les actes passés par l'affectataire à l'occasion de l'exécution de sa mission n'engagent que lui.

Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'affectation ait pour effet d'isoler le patrimoine affecté du patrimoine général de l'affectataire ou de personnaliser les biens affectés. Dans cette situation seulement, les actes passés en rapport avec l'exercice de l'activité d'intérêt général produiraient effet au sein du patrimoine individualisé ou personnalisé. Bien que l'affectataire dispose sur les biens de droits subjectifs et non de simples pouvoirs, ses prérogatives sont limitées par la destination des biens affectés.

B- L'étendue des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés.

593. Dans la limite du respect de la destination des biens, l'affectataire devrait

¹ En ce sens, G. Wicker, thèse préc., n° 195.

² En ce sens, E. Gaillard, thèse préc., n° 21 et s.

disposer de l'usus (l'usage), du fructus (jouissance) et de l'abusus (la disposition). Du fait du transfert de la propriété des biens, l'affectataire est, en effet, seul en mesure d'exercer les attributs liés à la qualité de propriétaire, le fondateur n'ayant plus aucun pouvoir sur les biens transmis.

Néanmoins, le fondateur peut réduire les pouvoirs de l'affectataire en lui déniait le droit de disposer des biens. L'interdiction d'accomplir des actes d'aliénation sur les biens affectés se concrétise par l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans l'acte de fondation. On a même pu considérer que l'inaliénabilité des biens affectés était inhérente à la notion d'affectation et qu'elle s'imposait, même en l'absence de stipulation expresse¹.

Limitée aux biens, l'atteinte à la liberté de l'affectataire est tolérable. Elle l'est moins quand le fondateur entend s'ingérer dans l'œuvre en restreignant la liberté d'action de l'affectataire dans l'exercice de l'activité d'intérêt général.

Paragraphe II- Les limitations à la liberté d'action de l'affectataire dans l'exercice de l'activité d'intérêt général.

594. Afin de ne pas voir son œuvre lui échapper complètement, le fondateur aura tendance à introduire dans l'acte de fondation une stipulation lui permettant de participer à l'exercice de l'activité. Cette ingérence se manifestera par le droit, pour le fondateur ou les personnes choisies par lui, de participer au conseil d'administration de l'organisme affectataire ou encore de faire exécuter la charge par des tiers choisis par lui.

595. La validité de telles stipulations a été diversement appréciée par les juridictions. Les tribunaux ont parfois conclu, lorsque l'affectataire était une personne publique, à l'illicéité de dispositions confiant l'administration de la fondation à un comité constitué par le fondateur. Ainsi, le tribunal civil de la Seine, par un jugement du 8 novembre 1923², décida d'attribuer un legs destiné à établir un institut

¹ Cf. supra, n° 187.

² R.T.D.C 1924, 147, obs. R. Savatier ; Rouen, 15 mai 1900, D. 1902, 2, 163 (la désignation des bénéficiaires par le testateur puis par des curés désignés par lui est illicite car elle prive la Commission administrative de son droit exclusif d'administration) ; Limoges, 13 mai 1924, D.H. 1924, 589 (administration non conforme aux lois).

d'habitations gratuites ou à loyer réduit pour vieillards besogneux de plus de soixante ans à l'Assistance publique, en sa qualité de représentante des pauvres et déclara illicite la condition par laquelle le testateur confiait l'administration de l'œuvre d'intérêt général à un comité de trois membres au motif que les biens affectés appartenaient au patrimoine de l'Assistance publique et que de ce fait, seuls les fonctionnaires étaient habilités à les gérer¹.

Parallèlement, les autorités administratives n'ont autorisé les libéralités comportant de telles clauses qu'à la condition que l'organisation envisagée par le fondateur soit conforme à la législation. Ces décisions administratives autorisant la libéralité sans prendre en considération les clauses illicites décidées par le fondateur n'ont pas pour autant été annulées par les juridictions administratives, celles-ci reconnaissant au gouvernement la faculté de fixer toutes les conditions nécessaires à l'observation des lois et renvoyant les requérants devant les tribunaux judiciaires s'ils estimaient que les conditions ainsi imposées étaient contraires à la volonté du disposant².

Les limites imposées par le fondateur à l'activité de l'affectataire constituent déjà un moyen pour le fondateur de se prémunir contre l'inexécution de l'affectation.

Paragraphe III- Les garanties d'exécution de l'affectation.

596. La réalisation de l'affectation est menacée d'être compromise par la mauvaise grâce à s'exécuter de l'affectataire ou par la saisie des biens affectés par les créanciers de l'affectataire. Dans ces conditions, il paraît nécessaire de déterminer quels sont les moyens de prévenir ces obstacles à la réalisation de l'affectation.

A- La protection du « patrimoine fondatif » contre les créanciers de l'affectataire.

597. Le « patrimoine fondatif » ne formant pas un patrimoine d'affectation comportant un actif et un passif propres, les créanciers personnels de l'affectataire tout comme les créanciers dont les droits seraient nés à l'occasion de la conservation

¹ Comp. Conseil d'Etat, 12 juin 1998, n° 157997, Commune d'Hazebrouck, Juridisque Lamy : le Conseil d'Etat a pu décider que les biens affectés au fonctionnement d'un orphelinat administré par une commune devaient être gérés par le conseil municipal et déduire de cela que la délibération prise par la commission administrative de cette fondation émanait d'un organisme dépourvu d'existence légale.

² Cf. Conseil d'Etat, 26 janv. 1906, D.P. 1907, 3, 93.

et de la gestion du « patrimoine fondatif » peuvent saisir les biens affectés à l'œuvre d'intérêt général. En outre, les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exécution de l'œuvre d'intérêt général ne peuvent prétendre à aucun droit de préférence sur le prix provenant de la vente des biens affectés.

598. Toutefois, lorsque l'affectataire est une personne morale de droit public, les biens affectés, quoiqu'appartenant au domaine privé de la personne publique, sont insaisissables en vertu du principe général selon lequel il n'existe aucune voie d'exécution autre que l'astreinte à l'encontre de l'Etat et des autres personnes publiques¹.

599. Inclus dans le patrimoine d'une personne morale de droit privé, les biens affectés pourraient encore être protégés de l'action des créanciers. Une jurisprudence constante reconnaît, en effet, que les clauses d'inaliénabilité grevant un bien donné ou légué entraînent son insaisissabilité². Cette jurisprudence est d'ailleurs parfaitement logique dans la mesure où frapper d'inaliénabilité un bien ne présenterait guère d'utilité si un créancier du gratifié pouvait le faire saisir³. En matière de fondation, la corrélation inaliénabilité-insaisissabilité est, semble-t-il, appelée à jouer un rôle protecteur important dès lors que l'affectation de biens à une œuvre d'intérêt général implique *nécessairement*, selon la Cour suprême, leur inaliénabilité même en l'absence de stipulation expresse d'inaliénabilité. Cependant, à la lumière de nos

¹ En ce sens, F. Terré, P. Simler, Droit civil, Les biens, op. cit., n° 539 ; C. Debbasch, J. Bourdon, J. Pontier, J.-C. Ricci, Droit administratif des biens, op. cit., p. 52. Sur l'insaisissabilité des biens appartenant au domaine privé des personnes morales de droit public, cf. Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 348, J.C.P. 1989, II, 21183, éd. N, II, 301, note B. Nicod, Revue fr. de droit adm. 1988, conclusions L. Charbonnier, note B. Pacteau, 771 (le principe d'insaisissabilité des biens appartenant aux personnes publiques interdit de recourir aux voies d'exécution de droit privé) ; Civ. 1^{er}, 2 mars 1994, D. 1994, somm., 165, obs. A. Robert (interdiction d'établir des servitudes légales de droit privé sur le domaine public en raison du principe d'inaliénabilité des biens du domaine public).

² Cf. Req., 27 juill. 1863, D.P. 1864, 1, 494 ; Req., 20 fév. 1939, D.C. 1941, 22 et plus récemment, Civ. 1^{re}, 9 oct. 1985, Bull. civ. I, n° 252 ; R.T.D.C. 1986, 622, obs. J. Patarin ; Civ. 2^{ème}, 30 juin 1993, Bull. civ. II, n° 241, D. 1995, somm., 50, obs. M. Grimaldi ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 211, J.C.P. 1995, I, 3876, n° 8, obs. R. Le Guidec, D. 1995, J., 342, note A. Leborgne, somm., 50, obs. M. Grimaldi, R.T.D.C. 1995, 666, obs. J. Patarin, 919, obs. F. Zénati, Rép. Déf. 1995, art. 35967, obs. X. Savatier et dans la même affaire, Cass. civ. 8 déc. 1998, D. 1999, I.R., 26.

³ Contra, A. Leborgne, note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994 préc., spéc., p. 345-346, qui fait valoir qu'en assimilant inaliénabilité et insaisissabilité on permet à une personne privée de constituer un patrimoine d'affectation restant hors d'atteinte des créanciers alors que seul le législateur peut décider de l'insaisissabilité de certains biens. Cette opinion semble cependant être condamnée par l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 qui permet à un donateur ou à un testateur de rendre des biens insaisissables, même s'il est vrai que cette insaisissabilité ne vaut qu'à l'égard des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs (article 14 de la loi du 9 juillet 1991).

précédents développements, nous pouvons conclure que la stipulation d'aliénabilité à charge de emploi devait être préférée à la stipulation d'inaliénabilité en nature. Or, il n'est pas certain que la clause d'aliénabilité à charge de emploi entraîne l'insaisissabilité des biens transmis par le fondateur ou acquis en emploi¹. Pourtant, ainsi qu'on l'a relevé, une telle différence de régime entre les clauses d'inaliénabilité et les clauses d'aliénabilité sous condition de emploi ne se justifie pas puisque dans les deux cas, on retrouve la même justification à l'insaisissabilité -l'inaliénabilité n'est efficace que si elle soustrait les biens donnés à l'action des créanciers du gratifié- et que la validité des deux types de clauses est subordonnée aux mêmes conditions par la jurisprudence².

600. Mais, si l'insaisissabilité est le corollaire nécessaire de l'inaliénabilité en matière de libéralités, la chose est moins certaine lorsque la clause d'inaliénabilité est insérée dans un acte à titre onéreux.

601. Lorsque l'acte de fondation s'analyse en un acte à titre onéreux, l'insaisissabilité des biens frappés d'inaliénabilité est discutée pour des raisons de protection des créanciers du débiteur. Car « dans la mesure où l'acquisition à titre onéreux s'opère moyennant une contrepartie financière, les intérêts des créanciers seraient compromis si les biens nouvellement acquis ne répondaient pas des dettes de celui-ci »³. Aussi, il n'y aurait pas lieu d'étendre les cas d'insaisissabilité prévus par la loi⁴.

L'argument a été écarté par M. Witz⁵ à propos des opérations qui réalisaient selon lui des fiducies. L'auteur fait valoir que le fiduciaire ne s'appauvrit pas en faisant acquisition du bien à gérer ou affecté à la garantie d'une créance dans la mesure où il

¹ Cf. Civ., 23 janv. 1900, D.P. 1900, 1, 535. Toutefois, la portée de cet arrêt est incertaine car les juges, pour se prononcer contre l'insaisissabilité, se sont référés à la volonté du testateur : en ce sens, C. Witz, thèse préc., n° 290, note 4.

² En ce sens, C. Witz, thèse préc., n° 290.

³ C. Witz, thèse préc., n° 294.

⁴ Il convient de remarquer qu'avec la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, les biens ne peuvent être déclarés insaisissables que par la loi (article 14 de cette loi). Néanmoins, des décrets ont pu déclarer des biens insaisissables (A-M Leroyer, thèse préc., n° 447, qui donne pour exemple l'insaisissabilité des sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations instituée par l'article 121 du décret du 21 octobre 1994 modifiant l'article 173 du décret du 21 octobre 1994).

⁵ C. Witz, thèse préc., n° 294.

ne fournit aucune contrepartie matérielle. En conséquence de quoi les créanciers du fiduciaire ne méritent pas d'être préférés aux intérêts du fiduciaire.

Le raisonnement tenu par cet auteur nous semble pouvoir être étendu aux fondations, car comme dans la fiducie, l'acquisition des biens affectés par l'affectataire se réalise sans contrepartie financière, la contrepartie étant constituée par le sacrifice que consent l'affectataire lorsqu'il donne aux biens affectés la destination voulue par le fondateur.

Si la clause d'inaliénabilité peut protéger les biens affectés contre leur dissipation par l'affectataire ou contre leur saisie par les créanciers personnels de l'affectataire, elle est, en revanche, inapte à empêcher les faits d'inexécution (faute ou non-faute) de l'affectataire.

B- Les moyens d'action du fondateur ou de ses héritiers contre les faits d'inexécution de l'affectataire.

602. La dissipation des biens constitutifs du patrimoine de l'œuvre étant sans doute la cause d'inexécution de la charge de fondation la plus redoutée du fondateur, celui-ci tente de s'en prémunir en insérant une clause d'inaliénabilité dans l'acte de fondation (a). Même en l'absence de stipulation particulière dans l'acte de fondation, la loi offre au fondateur ou à ses héritiers des moyens de parer aux faits d'inexécution de l'affectataire (b).

a- La protection du « patrimoine fondatif » par l'insertion d'une clause d'inaliénabilité.

603. On peut comprendre le souci qui anime le fondateur lorsqu'il décide de frapper les biens affectés d'inaliénabilité. Pourtant, l'efficacité de la clause d'inaliénabilité est loin d'être établie. En effet, la violation de la clause d'inaliénabilité par l'affectataire sera sanctionnée par l'action en résolution de l'acte de fondation pour inexécution des charges (article 954 du Code civil), à condition toutefois que la clause d'inaliénabilité, qui peut être analysée en une obligation de ne pas faire, constitue la cause impulsive et déterminante de la libéralité et que l'affectataire n'ait pas obtenu, si la clause d'inaliénabilité est incluse dans une libéralité, l'autorisation judiciaire d'aliéner les biens affectés sur le fondement de

l'article 900-4 alinéa 2 du Code civil. Le gratifié ne peut toutefois obtenir cette autorisation qu'à l'écoulement d'un délai de dix ans et à condition de justifier d'un changement de circonstances rendant l'exécution difficile ou préjudiciable¹.

Dans la mesure où l'aliénation des biens intervenue en violation de la stipulation d'inaliénabilité et sans autorisation judiciaire aura empêché la réalisation de l'affectation², le fondateur a de fortes chances de réussir dans son action en résolution.

Mais, la résolution, en privant l'acquéreur des biens affectés, empêche la réalisation de l'affectation. Aussi, la jurisprudence a-t-elle admis la possibilité de poursuivre directement la nullité de l'aliénation intervenue en violation de la clause d'inaliénabilité³. Par ce biais, les biens aliénés feront retour dans le patrimoine de l'affectataire sans que ce dernier soit déchargé de son obligation. Mais la nullité de l'aliénation du bien violant la clause d'inaliénabilité ne sera une sanction efficace que si l'exercice de l'action en nullité de l'aliénation consentie en violation de la clause d'inaliénabilité est ouvert au fondateur. Or, une jurisprudence constante ne reconnaît qu'à la personne dans l'intérêt de laquelle la stipulation d'inaliénabilité a été faite, la faculté de demander la nullité de l'aliénation ou la constitution de droits réels sur les biens aliénés⁴. Et dans les fondations, la clause d'inaliénabilité n'a pas pour but de protéger l'accipiens mais les tiers bénéficiaires de l'affectation. Or, ceux-ci sont indéterminés. Faute de titulaire, l'action ne pourra donc pas être exercée⁵.

¹ L'autorisation judiciaire d'aliéner un bien grevé d'une clause d'inaliénabilité ne résout pas les hypothèses d'aliénation par l'affectataire des biens affectés motivées par l'impossibilité *ab initio* de la réalisation de l'affectation en l'état des charges qui lui étaient imposées. On se souvient de la fameuse affaire de la Commune de Vaiges qui s'étant vue léguer des immeubles bâtis et des fermes à charge d'aménager un hôpital-hospice dans les premiers et d'affecter à l'entretien et au fonctionnement de celui-ci les revenus des seconds, avait vendu les fermes pour en appliquer le prix aux frais de construction de l'hôpital. La Cour de cassation s'opposa à l'aliénation admettant la validité des clauses d'inaliénabilité perpétuelle (cf. supra, n° 187).

² Ce qui ne sera pas le cas si l'affectataire aliène les biens pour les remplacer par des biens plus productifs.

³ V. Req., 9 mars 1868, S. 1868, 1, 204 ; Paris, 14 juin 1883, S. 1884, 2, 171 ; Paris, 9 mars 1903, S. 1904, 2, 204.

⁴ Cf. Req., 16 janv. 1923, D.P. 1923, 1, 177.

⁵ De toute façon, la revendication du bien entre les mains du tiers acquéreur de bonne foi se verra paralysée par la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » si le bien aliéné est un meuble corporel (article 2279 alinéa 1 du Code civil). Si le bien aliéné est un bien immobilier, la publication de la clause d'inaliénabilité à la Conservation des hypothèques est obligatoire (décret du 4 janv. 1955, art. 4), l'inobservation de cette prescription étant sanctionnée par l'inopposabilité de la clause aux tiers ayant inscrit leurs droits.

La protection du « patrimoine fondatif » par l'insertion d'une clause d'inaliénabilité n'est par conséquent pas assurée. La loi n'offre guère de remèdes plus efficaces.

b- Les moyens légaux offerts au fondateur ou à ses héritiers pour préserver l'affectation.

604. Lorsque l'acte de fondation s'analyse en une libéralité avec charges (qu'il s'agisse d'un legs ou d'une donation) - ce qui est la situation la plus courante -, l'inexécution de la charge d'affectation ouvre aux fondateurs ou à ses héritiers deux actions : une action en exécution forcée et une action en révocation pour inexécution des charges (articles 953 et 1046 du Code civil). Ainsi, la donation avec charges, qui peut prétendre à la qualification de contrat synallagmatique à titre gratuit, est susceptible d'être révoquée pour inexécution des charges. Lorsque la libéralité est un legs, il n'y a certes pas de contrat synallagmatique mais on a pu faire remarquer, avec justesse, que le legs avec charge avait « quelque chose de synallagmatique »¹, le légataire s'engageant à exécuter la charge qui est attachée au legs et devenant ainsi débiteur du *de cuius* et de ses héritiers. Aussi, la jurisprudence accorde-t-elle aux héritiers du testateur les mêmes droits qu'au donateur ayant consenti une donation avec charge².

605. L'action en exécution forcée peut être exercée aussi bien par le fondateur que par ses héritiers ou légataires universels (lesquels seront d'ailleurs les seuls à pouvoir l'exercer lorsque la fondation est issue d'un legs avec charge). L'action en exécution forcée est évidemment plus favorable aux fondations que l'action en révocation de la libéralité puisque, elle-seule permet aux biens de recevoir la destination voulue par le fondateur³. Pourtant, il est fort à craindre que les héritiers préfèrent exercer l'action en révocation pour inexécution des charges afin de récupérer les biens affectés libres de toute charge⁴. D'autant plus que l'inexécution, point de départ¹ du délai de

¹ M. Bouyssou, thèse préc., n° 161.

² Cf. par ex., Grenoble, 16 mai 1842, S. 1843, 2, 279 ; Caen, 27 juin 1868, S. 1869, 2, 140.

³ On a pu se demander si à côté de l'affectation à un but déterminé le disposant n'avait pas également eu en vue une « affectation en quelque sorte négative : faire échapper le bien à la dévolution *ab intestat* » (M. Chanteux-Bui, La révocation des libéralités pour inexécution des charges, J.C.P. 1979, éd. N, I, p. 263 et s. et spéc., n° 61).

⁴ Il est vrai que les tiers bénéficiaires d'une libéralité avec charge consentie dans leur intérêt doivent être, en principe, mis en cause par les héritiers poursuivant la révocation de la libéralité puisqu'ils sont

prescription de l'action en révocation, s'entend de toute inexécution même non fautive². Ainsi, les juridictions judiciaires³ ont fait droit à la demande en révocation de libéralités assorties de charges confessionnelles dont l'exécution par les collectivités locales et les établissements publics était devenue impossible du fait des lois sur la laïcisation lorsqu'ils constataient que la charge confessionnelle était la cause impulsive et déterminante de la libéralité, ce, malgré le caractère d'événement de force majeure que l'entrée en vigueur de cette législation nouvelle constituait.

606. En proie à la convoitise des héritiers, les fondations ne sont pas pour autant condamnées à disparaître, à plus ou moins long terme, car l'affectataire peut s'être prémuni contre l'inflation monétaire - la Fondation de France oblige ainsi les fondations hébergées en son sein à conserver 10 % de leur capital à la lutte contre l'érosion monétaire - ou bénéficier du dispositif plus global institué par la loi du 4 juillet 1984 relative à la révision des conditions et des charges apposées à certaines libéralités.

Jusqu'à la loi du 4 juillet 1984, seules quelques lois partielles avaient pris en compte les modifications des circonstances économiques pour accepter de modifier les libéralités grevées de charge dont l'exécution n'était plus possible⁴. Il n'est que de

directement intéressés par ce litige. Aussi, devraient-ils pouvoir à cette occasion s'opposer à la révocation et demander la condamnation du gratifié principal. Toutefois, en matière de fondation, cette protection paraît ne pas devoir être d'un grand secours dans la mesure où les tiers bénéficiaires sont, dans la plupart des cas indéterminés, le gratifié étant justement investi de la mission de les sortir de leur indétermination : en ce sens, M. Bouyssou, thèse préc., n° 160 B. Sur le droit des tiers bénéficiaires, cf. infra, n° 615 et s.

Comp. C. Witz (thèse préc., n° 305) qui au sujet de la fiducie propose, pour se prémunir du danger de dénouement anticipé de la fiducie-libéralité résultant de faits d'inexécution du fiduciaire, de recourir à la technique de la double cession conditionnelle alternative. Il s'agit alors pour le fiduciaire de nommer, dans l'acte constitutif de fiducie, un second fiduciaire recueillant les biens au cas de résolution des droits du premier fiduciaire.

¹ Cf. Civ. 1^{er}, 30 janv. 1962, Bull. civ. I, n° 70.

² Pour un rappel du principe selon lequel une inexécution n'a pas à être fautive, cf. T.G.I Bressuire, 13 mai 1970, D. 1971, somm., 37. Cependant, si l'inexécution est fautive, son auteur encourra, outre la révocation, des dommages et intérêts en vertu du droit commun de la responsabilité.

³ Cf. par ex., Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 184, note R. Saleilles ; Cass. civ. 29 avr. 1901, S. 1903, 1, 321, note R. Saleilles. La solution peut se justifier par la théorie des risques en matière de contrat synallagmatique.

⁴ Sur la question, cf. not. J. Grosclaude, L'adaptation par les personnes publiques des charges attachées aux libéralités, J.C.P. 1980, I, 2990.

citer la loi du 21 juillet 1927¹ permettant, pour la première fois, de réduire les charges affectant les libéralités adressées à des établissements d'assistance, faveur accordée, par la suite, aux hôpitaux et hospices civils (loi du 21 décembre 1941) puis aux départements, communes et aux établissements publics (article 75, loi de finances du 27 décembre 1948)². Cette législation fut modifiée par l'ordonnance du 5 février 1959 qui autorisait, en plus de la réduction, la modification de l'affectation des charges et sa portée fut étendue par une loi du 20 mars 1954. Cette dernière permit à l'Etat, aux départements, communes, établissements publics et à toute personne morale possédant la capacité de recevoir des dons et legs, de modifier la périodicité des attributions prévues par le disposant ou de grouper en une seule attribution les revenus provenant de libéralités assorties de charges analogues. Le champ des possibilités ouvert aux personnes morales de droit privé demeurait cependant très réduit puisque la réduction des charges et la modification de l'affectation des charges leur étaient interdites.

607. En dépit du principe d'intangibilité des charges, les tribunaux judiciaires ont presque toujours repoussé les actions en révocation des libéralités intentées par les héritiers pourvu que le changement d'affectation ou la réduction des charges opérés par le gratifié de son propre chef, respectassent la volonté du disposant³. Ainsi, par un arrêt du 14 mai 1974⁴, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir rejeté une action en révocation pour inexécution des charges d'un legs

¹ Sur la loi du 21 juillet 1927, cf. H. Lalou, *Les fondations et la théorie de l'imprévision*, D.H. 1927, chr., p. 69 et s.

² Pour un exemple de jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 5 janv. 1959, cf. Conseil d'Etat, 4 juill. 1958, *Gayard*, R.D.P. 1959, p. 580, note M. Waline, et dans la même affaire, Conseil d'Etat, 21 fév. 1964, R.D.P. 1964, p. 682, note M. Waline.

³ Cf. cependant, Civ., 24 avr. 1958, D. 1958, somm., 113 ; Paris, 8 fév. 1961, G.P. 1961, 1, p. 311, D. 1961, somm., 61.

Sur la révocation des libéralités, cf. M. Chanteux-Bui, chronique précitée. Pour l'auteur de cette chronique, la justification de la jurisprudence doit être trouvée non dans l'intention du disposant mais dans l'opportunité de la révocation à l'égard des bénéficiaires de la charge (loc. cit., n° 80). Voy. également, R. Demogue, *Des modifications des contrats par volonté unilatérale*, R.T.D.C. 1907, p. 245 et s. : l'éminent auteur avait soutenu dans cette chronique que le donateur ou légataire avec charge était tenu à une obligation intra vires et non ultra vires. Il en déduisait que ces derniers pouvaient d'eux-mêmes réduire les engagements de dépense pour ne pas dépasser les revenus. Il ajoutait, en outre, qu'il était nécessaire « d'ouvrir aux représentants de l'établissement une action judiciaire à laquelle seraient appelés les héritiers et les représentants des intéressés pour faire juger que la transformation était réellement imposée et qu'il y a lieu de l'approuver » (loc. cit., p. 300).

⁴ Civ. 1^{re}, 14 mai 1974, J.C.P. 1974, IV, 244, Bull. civ. I, n° 140, D. 1974, I.R., 182, G.P. 1974, 2, 633, note J. Viatte, R.T.D.C. 1974, 844, obs. R. Savatier.

d'immeubles fait à une congrégation religieuse à charge pour cette dernière de les affecter à l'orphelinat qu'elle entretenait et sans que puissent y être accueillies d'autres personnes que les soeurs et les orphelins au motif qu'en créant, afin de bénéficier de l'aide de la Ville de Paris et de recruter plus facilement du personnel spécialisé, une association portant le nom de la testatrice consacrée à la rééducation de l'enfance malheureuse et inadaptée et dont elle conservait, par ailleurs, la direction, la congrégation avait respecté l'intention de la testatrice qui était, d'une part, le maintien d'une œuvre sociale consacrée à l'enfance malheureuse et d'autre part, la perpétuation du souvenir de la famille de la testatrice. Dans le même sens, il a pu être jugé que compte tenu des modifications importantes de l'organisation de l'enseignement, la transformation par le légataire d'une école primaire en collège technique puis en collège national technique et moderne et enfin en lycée technique et moderne respectait la volonté du testateur¹. Dans la même affaire, les juges du fond avaient pu estimer que la volonté de créer un refuge de vieillards n'avait pas été trahie par le transfert des pensionnaires du refuge à l'hôpital et la création à la place d'une école de rééducation pour enfants anormaux. Le moins que l'on puisse dire c'est qu'il y a là une certaine audace des juges du fond.

608. Bien mieux, les tribunaux judiciaires ont parfois déformé les intentions du testateur, imposant au légataire des charges substantiellement différentes. En effet, la Cour de cassation par un arrêt du 24 janvier 1979² rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers³ qui avait écarté la demande en révocation intentée par les héritiers pour inexécution des charges du legs à titre particulier d'une maison et de tous les objets la garnissant fait à une société d'antiquaires à charge pour cette dernière d'utiliser la maison et les objets d'art s'y trouvant pour y créer un musée ouvert au public. La société d'antiquaires n'étant plus en mesure d'exécuter les charges qui lui étaient imposées du fait de l'inflation monétaire, elle décida de céder la maison et les objets d'art à la Ville de Poitiers qui en échange s'obligeait à exécuter

¹ V. Civ. 1^{re}, 10 mars 1969, D. 1969, somm., 85, Bull. civ. I, n° 106.

² Civ. 1^{re}, 24 janv. 1979, Bull. civ. I, n° 36.

³ Poitiers, 24 mars 1976, J.C.P. 1976, II, 18379, note R. Savatier, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1976, 701-703, obs. crit. A. Lavagne. Ce dernier auteur fait valoir que les juges se sont contentés d'une difficulté d'exécution et n'ont pas exigé l'impossibilité d'exécuter les charges. En outre, selon lui, l'évolution de la muséologie invoquée par les juges du fond pour rejeter la demande en révocation de la libéralité ne constitue pas une cause objective d'impossibilité.

la charge imposée par le testateur « dans le cadre de la réorganisation des musées ». Quelques années plus tard, les héritiers du testateur, avertis par un généalogiste pensant tirer profit de cette affaire, intentèrent une action en révocation de la libéralité prétextant que les intentions du testateur avaient été trahies par la ville de Poitiers en ce que cette dernière avait transféré dans d'autres musées les objets d'art légués. La Cour d'appel de Poitiers approuvée par la Cour de cassation a estimé que « ce n'est pas méconnaître la volonté du testateur que de réaliser cette volonté sous une forme différente, imposée par la conjoncture dès lors que cette forme n'est pas en contradiction avec l'intention profonde et déterminante du fondateur » et que « les solutions proposées par la Ville de Poitiers ne sont qu'une adaptation des charges de la libéralité aux réalités actuelles ».

609. Cette jurisprudence s'est vue, à quelques nuances près, consacrée par la loi du 4 juillet 1984. La loi de 1984 a laissé subsister au profit de certaines personnes publiques (Etat, établissements publics étatiques, hôpitaux) la possibilité d'échapper à la révision judiciaire en obtenant une autorisation administrative¹ conditionnée à l'accord préalable de l'auteur de la libéralité ou de ses ayants-droits sur les mesures envisagées². Le consentement donné à la révision empêche alors le disposant ou ses héritiers de se prévaloir de l'inexécution de la charge conformément aux stipulations initiales de même qu'il absout l'exécution défectueuse antérieure à l'accord et connue du disposant ou de ses héritiers au moment de l'acceptation de la révision³.

En dehors de l'hypothèse de la révision administrative, le gratifié pourrait ne pas avoir à solliciter la révision judiciaire s'il parvenait à obtenir la révision amiable de la charge⁴, qui emporte, pour certains, renonciation à l'action en révocation de la

¹ La justification du régime dérogatoire applicable à ces entités publiques se trouve, pour l'Etat, dans la nécessité de protéger l'autorité de l'Etat et pour les établissements hospitaliers, par des considérations économiques (en ce sens, B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 85). On a pu également se demander si la révision administrative constituait pour la personne publique une obligation ou simplement une faculté.

² Lorsque la charge de la libéralité profite à un tiers, il est plus prudent de solliciter son accord. La nécessaire obtention d'un accord explique que le respect d'aucun délai ne soit exigé (C. Witz, La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984, D. 1985, chr., p. 101 et s. et spéc., n° 28 ; B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 84).

³ En ce sens, B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 92.

⁴ Le Conseil d'Etat dans un arrêt du 19 février 1990 (arrêt Commune d'Eguilles, J.C.P. 1990, II, 21535, note F. Boulanger, D. 1992, somm., 231, obs. M. Grimaldi) a estimé qu'une commune ne pouvait convenir avec le légataire universel d'une adaptation de la charge grevant la libéralité qu'elle a reçue. Il est à noter que la décision du Conseil d'Etat aboutit à une impasse dans la mesure où la commune ne

libéralité pour inexécution des charges et pour d'autres novation de la libéralité. Dans les autres cas, l'aménagement de la charge est opéré par le juge judiciaire¹, qui ne se borne donc plus, comme auparavant, à entériner les initiatives du gratifié.

610. Pour voir sa demande en révision aboutir le gratifié² doit invoquer un changement de circonstances c'est-à-dire « l'altération des conditions objectives de l'exécution de la prestation imposée par la charge ou la condition »³. Les circonstances prises en compte englobent toutes les conditions matérielles, juridiques ou morales de l'exécution de la prestation⁴. Ainsi, une modification législative peut, au même titre que la dépréciation monétaire, être invoquée par le gratifié.

Ce qui importe c'est que ce changement des circonstances- qui doit forcément être postérieur à l'acceptation de la libéralité par le gratifié⁵ - rende l'exécution

remplissait pas les conditions pour obtenir la révision judiciaire. Il est permis de penser que le Conseil d'Etat a abandonné cette position puisqu'il a admis, par la suite, qu'une fondation, pour aliéner les biens immobiliers contenus dans sa dotation, devait, conformément aux dispositions relatives à la tutelle administrative, requérir du préfet l'autorisation de demander en justice l'aliénation des biens et qu'il a, par ailleurs, décidé que le préfet devait fixer les conditions de la vente qu'il estime nécessaires pour assurer le respect de la mission d'intérêt public de la fondation (Conseil d'Etat, 11 mai 1994, Fondation du Bocage, J.C.P. 1994, IV, 1698 et éd. N, 1995, II, 281, Lebon, 230, D. 1994, I.R., 167, A.J.D.A. 1994, 912, note X. Prétot, G.P. 1995, 1, pan. adm., 7). Or, « cette dernière prérogative n'est évidemment admissible que dans la perspective de la négociation d'une convention d'adaptation avec le disposant ou ses successeurs et en implique la licéité comme de droit commun » (B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 84). Pour une application de la licéité de la révision amiable antérieure à la loi de 1984, cf. Nancy, 2 juin 1976, J.C.P 1977, 18707-18708, note R. Savatier et sur pourvoi, Civ. 1^{re}, 5 janv. 1978, D. 1978, I.R., 468 obs. D. Martin. Lorsque l'établissement gratifié est soumis à tutelle, l'accord intervenu entre le gratifié et le disposant ou ses héritiers doit être approuvé par l'autorité de tutelle. C'est parfois un moyen de protection de l'établissement gratifié (cf. Paris, 23 oct. 1975, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1976, 696).

¹ Il résulte de l'article 900-8 du Code civil que l'action en révision ne peut être mise en échec par la stipulation d'une clause par laquelle le disposant priverait de la libéralité celui qui demanderait au juge l'autorisation d'aliéner des biens frappés d'inaliénabilité ou mettrait en cause la validité de la clause d'inaliénabilité. Rien n'est dit dans la loi de la validité d'une clause de révocation de plein droit ou d'une clause pénale visant à interdire l'exercice de l'action en révision. La licéité de la clause pénale qui prévoit la déchéance des droits du gratifié sur l'objet de la libéralité au cas où il exercerait l'action en révision est sujette à controverse : en faveur de la validité, C. Witz, loc. cit., n° 24. Contra, B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 68).

² Il découle des termes mêmes de la loi que seul le gratifié peut solliciter la révision judiciaire de la charge de fondation. Si l'initiative de l'action en révision n'appartient pas au disposant et à ses héritiers, c'est pour éviter que ces derniers puissent exercer « un droit de regard sur l'administration des intérêts privés » du gratifié (B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 55).

³ B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 21.

⁴ Ibid., n° 20.

⁵ En subordonnant la révision à un changement de circonstances le législateur a entendu « responsabiliser » les personnes morales ou physiques en les incitant à réfléchir au poids de la charge avant d'accepter une libéralité dont le contexte économique ou social rend pour elles l'exécution difficile (C. Witz, loc. cit., n° 14 ; B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc.

extrêmement difficile¹ ou sérieusement dommageable pour le gratifié², eu égard aux moyens dont il dispose.

611. L'action en révision n'est de plus ouverte au gratifié que dix ans suivant le décès du disposant et le gratifié doit justifier de diligences faites pendant cette période (article 900-5 du Code civil)³. Avant cette échéance décennale, l'affectataire, pour résister à une demande d'exécution forcée ou de révocation, ne pourra invoquer un changement de circonstances et devra justifier qu'il a assuré une exécution suffisante de la charge. Il ne pourra alléguer de difficultés d'exécution de la charge, comme l'absence de ressources suffisantes pour exécuter la charge ou les conditions matérielles difficiles⁴.

612. Les mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge, même d'office, au titre de la révision judiciaire peuvent s'éloigner substantiellement de la volonté du fondateur. D'autant que le législateur n'impose aucune hiérarchie dans les mesures que le juge est habilité à décider. Lorsque la modification atteint la quantité ou la périodicité de la charge, elle ne fait que rétablir l'équilibre comptable entre la charge et le bien donné ou légué dont la rentabilité est déclinante. Ainsi, lorsque le juge décide que des bourses annuelles au lieu de bourses mensuelles seront distribuées aux

cit., n° 23).

¹ La Cour de cassation assimile à la prestation dont l'exécution est extrêmement difficile la prestation dont l'exécution est impossible : Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, Bull. civ. I, n° 140, J.C.P. 1995, II, 22387, note P. Brun, J.C.P. 1995, I, 3876, n° 9, obs. R. Le Guidec, D. 1995, somm., 49, obs. M. Grimaldi, R.T.D.C. 1995, 167, obs. J. Patarin. Selon M. Patarin, « la commune aurait dû au moins solliciter une adaptation de la charge aux circonstances nouvelles, sans attendre aussi longtemps, afin de satisfaire à son obligation » (ibid., p. 169).

² M. Witz (loc. cit., n° 16) note très justement à ce propos que le législateur a exclu de la révision judiciaire les hypothèses dans lesquelles la charge, par suite du changement des circonstances, ne correspondrait plus à l'intérêt général mais dont l'exécution ne serait pour le gratifié ni sérieusement dommageable ni extrêmement difficile. M. Witz approuve à juste titre cette exclusion au motif que l'appréciation de l'intérêt général peut engendrer partialité et arbitraire et que l'inadéquation de la charge à l'intérêt général se doublera dans les cas les plus graves de difficultés d'exécution du gratifié. On remarquera également que la distinction opérée par le législateur entre l'exécution de la charge sérieusement dommageable et l'exécution de la charge extrêmement difficile pour le gratifié est fondée. Si, en général, l'exécution de la charge est devenue sérieusement dommageable en même temps qu'extrêmement difficile, il peut se trouver des situations de fait dans lesquelles si l'exécution de la charge est sérieusement dommageable, elle n'est pas extrêmement difficile.

³ Faute de distinction, le délai décennal prévu par l'article 900-5 du Code civil a également vocation à s'appliquer lorsque le gratifié, défendeur à une action en exécution ou en révocation introduite par les héritiers du disposant, forme une demande en révision par voie reconventionnelle (C. Witz, loc. cit., n° 17 ; B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 63).

⁴ Cf. par ex., Paris, 8 fév. 1961, D. 1961, somm., 61, G.P. 1961, I, 311 ; T.G.I. Paris, 23 mars 1994, D. 1995, somm., 49, obs. M. Grimaldi.

étudiants méritants d'un département, la volonté du fondateur n'est en rien contrariée.

Elle le sera davantage lorsque la révision porte sur un changement de l'objet de la prestation. Sans doute le juge doit-il s'inspirer de l'intention du fondateur pour décider de ce changement mais cette référence à l'intention du fondateur n'est guère exigeante : les décisions intervenues sur ce fondement le démontrent¹. Le regroupement de la prestation dont la révision est demandée avec des prestations analogues résultant d'autres libéralités participe également d'un éloignement de la charge de la volonté particulière du fondateur, car « le regroupement des prestations différentes et analogues détruit l'individualité de chacune d'entre elles et dès lors, autant que les autres modifications, détache la charge de sa source subjective »². Il est ainsi permis de penser qu'il n'y a pas, dans l'esprit du fondateur, équivalence entre la charge qu'il a instituée en vue de venir en aide aux enfants pauvres et celle destinée à améliorer les conditions de vie des personnes âgées. Ces deux charges de fondation procèdent pourtant du même souci de lutter contre la pauvreté.

Lorsque le juge modifie l'objet de la libéralité c'est-à-dire tout ou partie des biens affectés, la charge de fondation s'en trouve également modifiée. La mesure consiste alors à aliéner l'objet de la libéralité pour que le prix provenant de cette aliénation soit employé à des fins en *rapport* avec la volonté du disposant³. La formule laisse une grande latitude au juge de la révision puisque la nouvelle destination, à laquelle le prix issu de l'aliénation du bien affecté va être employé, sera aussi éloignée de la volonté du disposant que l'implique le terme rapport qui peut être non seulement un rapport analogique mais également un rapport de connexité ou de complémentarité⁴. Mieux encore la mesure n'implique pas que le prix provenant de l'aliénation soit employé à l'acquisition de nouveaux biens sur lesquels la prestation envisagée par le fondateur pourra s'exercer⁵. Il s'ensuit que le prix issu de l'aliénation des biens affectés pourrait être épuisé en une seule fois.

¹ Cf. T.G.I Paris, 31 mai 1995, Bureau d'aide sociale de Paris, Juris data n° 046162 cité par B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 33. Pour l'approbation de la faculté laissée au juge de modifier l'objet des prestations, cf. Witz, loc. cit., n° 22.

² B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 35.

³ Cette nouvelle mesure met fin à l'interdiction faite aux personnes morales d'obtenir la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité frappant les biens légués ou donnés.

⁴ En ce sens, B. Ancel, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 46.

⁵ En ce sens, V. Ranouil, thèse préc., p. 46.

613. Quelle que soit la mesure ordonnée par le juge, il y a, dans le mécanisme de la révision, une « accession de la charge à l'autonomie »¹, les éléments objectifs de la charge c'est-à-dire sa finalité sociale primant sur sa source subjective c'est-à-dire sur la volonté initiale du fondateur, dans la seule limite de la non-contradiction de la volonté du fondateur. Cette autonomie de la charge par rapport à celui qui l'a instituée se fortifie au fur et à mesure des révisions successives. En fait, l'éloignement de la charge par rapport aux stipulations initiales n'est que l'expression de l'impératif de réalisme qui doit gouverner la matière des fondations. Les fondations, comme toutes œuvres perpétuelles, ne peuvent échapper à « l'injure du temps ». Ainsi, la révision « propose un nouvel arbitrage entre les intérêts privés - qui jusqu'alors maîtrisaient les moyens et contrôlaient ainsi les fins, d'où l'action en révocation - et l'intérêt général jusqu'alors assujetti aux ressources à lui destinées »². C'est également la prééminence de la finalité d'intérêt général sur les intérêts privés qui explique que le Ministère public ait dans tous les cas communication de l'affaire (article 900-3 du Code civil).

614. Il n'empêche que la « porte de sortie » qu'offre le mécanisme de la révision demeure imparfait puisque les fondations peuvent être créées par acte à titre onéreux³. Or, celles-ci ne peuvent pas bénéficier du dispositif légal, ce dernier ne visant *que* les libéralités avec charges⁴. Ce dispositif légal ne résout pas davantage les difficultés liées à l'inexécution fautive de la charge d'affectation. On voit mal, a priori, par quels moyens les tribunaux pourraient s'opposer à l'action en révocation pour inexécution de la charge d'affectation. Il est fort probable, en effet, que le recours à la technique de la « cause impulsive et déterminante » ne pourra faire obstacle à la révocation de la libéralité puisqu'en matière de libéralité, la clause d'affectation sera *toujours* la cause de la libéralité. Sans doute la résolution ou la révocation de l'acte de fondation ne s'imposent pas aux juges du fond, ces derniers disposant d'un large pouvoir

¹ L'expression est de M. Ancel (Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 33).

² B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 60.

³ Cf. supra, n° 69 et s.

⁴ Cf. B. Ancel, Jurisclasseur civil, article 900-2 à 900-8, loc. cit., n° 16, pour qui lorsque la charge imposée en faveur d'un tiers absorbe la donation, l'obligation assumée par le donataire ne peut bénéficier de la révision judiciaire car l'opération est à titre onéreux. Voy. également, C. Witz, loc. cit., n° 11, qui formule l'espoir que les juges ne s'en tiendront pas à la lettre du texte et qui fait valoir que dans la formulation initiale du texte, le terme gratifié n'avait pas été employé et que s'il a été préféré à la formule initiale, c'est pour des raisons de style.

d'appréciation, qui les autorise à accorder un délai de grâce, susceptible d'être suspendu en cas de force majeure¹. Ce palliatif, qui fait dépendre le devenir de la charge d'affectation du subjectivisme des décisions judiciaires, demeure néanmoins insuffisant. La reconnaissance d'un droit à agir des tiers bénéficiaires serait, à cet égard, bien plus efficace.

C- Le droit des tiers bénéficiaires de la charge.

615. De par sa vocation à satisfaire l'intérêt général, la fondation est susceptible de profiter non seulement à la personne de l'affectataire mais également à un nombre plus ou moins important de personnes physiques. Ces individus ne sont, par hypothèse, pas *parties* à l'acte de fondation ; ils n'en sont que les bénéficiaires. Dans ces conditions, se pose la question de savoir si les bénéficiaires de l'affectation peuvent se voir reconnaître un droit à l'encontre de l'affectataire. Avant d'y répondre, il convient de rappeler que l'acte de fondation s'analyse en une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié lorsqu'il y a concordance entre l'affectation et les attributions de l'affectataire et en un contrat à titre onéreux lorsqu'il y a discordance entre l'affectation de biens et les attributions de l'affectataire (sauf à ce que la fondation soit créée par acte à cause de mort auquel cas il s'agirait d'un legs avec charge)². Il est apparu également que l'acte de fondation comportait une stipulation pour autrui lorsque l'affectataire s'engageait à accomplir une prestation dans l'intérêt de tiers. Or, la stipulation pour autrui fait naître en faveur d'un tiers bénéficiaire un droit direct lui permettant d'exiger l'accomplissement de la prestation stipulée à son profit³.

616. Toutefois, l'acte de fondation contient une stipulation pour autrui originale puisque l'affectation profite, le plus souvent, à une collectivité humaine indéterminée voire future au moment où l'acte est conclu et qu'il est difficile d'admettre l'existence

¹ Cf. Cass. 1^{re}, 19 déc. 1984, G.P. 1985, 2, pan jurispr., 136, Bull. civ. I, n° 343. Selon cet arrêt, le délai, qui peut être suspendu en cas de force majeure, ne peut être renouvelé.

² Cf. supra, n° 78 et s.

³ Cf. par ex., J. Flour et J.L. Aubert, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 489 et 490 ; P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, tome 6, Les obligations, 9^{ème} éd., par L. Aynès, Cujas, 1998-1999, n° 680 ; A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1997, n° 253 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Les obligations, tome 2, Le contrat, op. cit., n° 1544 ; J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 124.

d'un droit sans sujet actif connu et existant. La difficulté peut néanmoins être résolue par l'admission de la validité d'une stipulation pour autrui au profit de personnes indéterminées au moment où l'acte est réalisé, du moment que le bénéficiaire, indéterminé au jour de la conclusion de l'acte, est déterminable lorsque la stipulation pour autrui doit recevoir effet¹. Il suffit, en effet, que le contrat conclu entre le stipulant et le promettant comporte les éléments d'une détermination ultérieure. La validité de la stipulation pour autrui faite en faveur de personnes indéterminées a ainsi été admise dans le domaine de l'assurance sur la vie. Ainsi, lorsqu'une personne contracte une assurance sur la vie au profit de ses héritiers, l'assurance est valable dès lors que les bénéficiaires peuvent être identifiés au moment de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis (article L. 132-8, alinéa 2 du Code des assurances).

En matière de fondation, il existe, comme l'a montré Henri Souleau², deux techniques d'individualisation. Les tiers peuvent être objectivement déterminables : il en sera ainsi lorsque la désignation des bénéficiaires dépend de la réalisation de conditions indépendantes de la volonté du promettant-affectataire. Dans cette hypothèse, il n'y a aucune difficulté à reconnaître aux tiers un droit direct d'exiger l'accomplissement de la prestation prévue en leur faveur. Il est plus délicat d'admettre l'existence d'un tel droit au profit des tiers dont la désignation est le fait du promettant. Cette pratique trouve son domaine d'élection dans des fondations de prix, dans la mesure où le choix du lauréat est opéré par l'affectataire-promettant. En pareil cas, le droit pour les tiers de solliciter l'avantage est conditionnel, car subordonné à l'exercice par l'affectataire de son obligation de choisir les bénéficiaires de l'affectation. Sans doute la reconnaissance d'un tel droit aux tiers se heurte-t-elle au fait que la condition est de celle dont la réalisation dépend uniquement du débiteur, condition prohibée par l'article 1174 du Code civil, mais la raison d'être de l'illicéité de la condition potestative ne se retrouve pas ici. En effet, l'interdiction de la condition potestative est fondée sur l'idée de bon sens qu'« un engagement dont l'efficacité est subordonnée à la volonté de celui qui s'oblige n'est pas, en réalité, un

¹ En ce sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 509 ; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 481 ; C. Larroumet, thèse préc., n° 152 ; E. Lambert, thèse préc., n° 129.

² Thèse préc., n° 97 et s.

engagement »¹. Or, l'engagement de la personne morale-affectataire n'est pas laissé à son bon vouloir puisque le fondateur ou ses héritiers peuvent la contraindre à exécuter l'obligation souscrite². Ce droit conditionnel des tiers bénéficiaires les autorise à prendre des mesures conservatoires et en particulier, leur confère le droit de demander en justice à la personne morale affectataire d'opérer le choix des bénéficiaires³.

617. Toutefois, l'attribution d'un droit de créance aux tiers bénéficiaires n'est pas un remède toujours efficace : il se peut, en effet, que le fondateur ait expressément dénié aux tiers la faculté de réclamer l'avantage. De plus, la reconnaissance de l'existence d'un droit direct au profit des tiers bénéficiaires suppose que l'acte de fondation contienne une stipulation pour autrui. Or, tel n'est pas le cas lorsque l'acte de fondation s'analyse en une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié. Dans cette hypothèse, l'opération est bilatérale. Cette affirmation a, pourtant, été réfutée par un auteur⁴ au motif que si l'affectation de biens constitue, dans cette hypothèse, un avantage, elle représente également un avantage pour les tiers qui recueillent, conjointement avec la personne morale, le bénéfice de la charge. Selon cet auteur, « il n'y a pas contrariété, mais concordance d'intérêts »⁵. Malgré sa force, ce raisonnement n'emporte pas la conviction. Car, en donnant aux biens la destination voulue par le fondateur, la personne morale affectataire agit d'abord et avant tout dans son propre intérêt. De plus, il nous paraît artificiel de distinguer la personne morale des tiers bénéficiaires, car ceux-ci appartiennent, par hypothèse, à la collectivité bénéficiaire de l'activité de la personne morale et que, par conséquent, la personne morale *représente* les bénéficiaires définitifs de l'opération.

Dans l'hypothèse où l'acte de fondation réalise une libéralité avec charge dans

¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, op. cit., n° 1125 ; dans le même sens, cf. J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 135.

² En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 100. Cet auteur ajoute, en outre, que l'interdiction formulée par l'article 1174 du Code civil ne s'attache qu'à l'hypothèse où l'obligation conditionnelle naît d'un contrat. Or, dans l'acte de fondation, il n'existe aucun accord de volonté entre le créancier de l'obligation conditionnelle (à savoir les tiers bénéficiaires) et le débiteur de l'obligation conditionnelle (la personne morale) (même référence).

³ En ce sens, H. Souleau, thèse préc., n° 100. Henri Souleau estime, par ailleurs, que le tribunal pourra, dans certains cas, se substituer à l'accipiens pour opérer le choix des bénéficiaires de la fondation lorsque l'accipiens se refuse à exécuter ses obligations malgré la décision judiciaire lui enjoignant de le faire (ibid., n° 101).

⁴ H. Souleau, thèse préc., n° 95 et s.

⁵ Ibid.

l'intérêt du gratifié, existe-t-il alors d'autres moyens de contraindre la personne morale-affectataire à exécuter son obligation ? Comme les tiers bénéficiaires ne sont pas titulaires d'un droit de créance à l'encontre de cette dernière¹, ils ne peuvent constituer entre eux une association de défense de leurs intérêts. Si les associations constituées pour la défense des intérêts individuels de leurs membres sont recevables à agir en justice, ce n'est, en effet, qu'à la condition que les membres de l'association - ou au moins l'un d'entre eux - aient été lésés dans leurs intérêts individuels². L'idée est que l'association peut faire par voie collective ce que ses adhérents auraient pu faire à titre individuel. Faute d'avoir subi une atteinte individuelle à leurs intérêts, les tiers bénéficiaires ne peuvent agir par voie collective.

A bien des égards, la fondation reconnue d'utilité publique se présente comme une structure plus appropriée que la fondation non personnalisée.

SECTION II- FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS RECONNUES D'UTILITE PUBLIQUE.

618. Le dispositif organisationnel des fondations reconnues d'utilité publique ne fait l'objet d'aucune disposition de la loi du 23 juillet 1987. Il est issu, pour l'essentiel, de la pratique du Conseil d'Etat cristallisée dans les statuts-types et pour le reste, des dispositions du décret précité du 13 juin 1966 portant sur la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations. De l'ensemble de ces éléments il ressort que l'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique a été conçue pour que l'œuvre d'intérêt général perdure par delà les époques.

Œuvre privée par son origine, la fondation reconnue d'utilité publique demeure une personne privée tout au long de sa vie. Pour autant, sa finalité d'intérêt général empêche l'Etat de s'en désintéresser tout-à-fait. Le régime juridique de la vie des fondations traduit ainsi la recherche d'un équilibre entre le caractère privé de la fondation et son objectif d'intérêt général (paragraphe I). Par ailleurs, sa structure comme sa finalité expliquent sans doute que le législateur ait cherché à en faire un

¹ En effet, selon la Cour d'appel de Lyon (29 avril 1853, S. 1853, 2, 347), les bénéficiaires n'ont « aucune action ut singuli ».

² En ce sens, cf. par ex., Civ. 23 juill. 1918, D.P. 1918, 1, 52 ; T.G.I Nanterre, 15 mars 1984, G.P. 1984, 2, somm., 291.

pôle de ralliement du mécénat (paragraphe II).

Paragraphe I- La structure de la fondation reconnue d'utilité publique au service de la pérennisation d'une œuvre d'intérêt général : entre droit public et droit privé.

619. La gestion du « patrimoine fondatif » est assurée par un organe unique, le Conseil d'administration de la fondation placé sous la surveillance de l'Administration. Telle est l'organisation de la fondation instituée par les statuts-types élaborés par le Conseil d'Etat. Même s'ils n'ont aucune valeur normative, ces statuts-types présentent une importance primordiale pour le Conseil d'Etat qui émettra un avis négatif à la demande de reconnaissance d'utilité publique s'ils ne sont pas suivis. L'essentiel des modalités de fonctionnement de la fondation est défini dans les statuts de la fondation reconnue d'utilité publique ; pour le reste, le règlement intérieur, soumis, en vertu de l'article 17 des statuts-types, à l'approbation du ministre de l'Intérieur, fixe les modalités d'exécution des statuts¹. Etant donné que l'organe de direction est appelé à gérer un patrimoine important pendant une durée indéfinie (B), il est important de connaître l'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique (A) et les modalités de contrôle de son activité (C). Il arrive, par ailleurs, que le service d'intérêt général disparaisse mais il ne s'agit là que d'un accident de fonctionnement de la fondation reconnue d'utilité publique (D).

A- L'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique.

620. L'organisation de la fondation est caractérisée par la concentration du pouvoir de décision entre les mains d'un organe unique : le Conseil d'administration. Le fondateur peut certes prévoir qu'à côté du Conseil d'administration, siégeront d'autres structures (comités d'orientation ou conseils scientifiques) mais ces instances ne sauraient déposséder le Conseil d'administration de ses attributions. Pour ne prendre qu'un exemple récent, le Conseil d'administration de la Fondation du patrimoine est

¹ Le règlement intérieur détermine, par exemple, les conditions dans lesquelles le renouvellement des membres du conseil est opéré (article 3 des statuts-types), les modalités de convocation des membres du conseil d'administration et du bureau, l'organisation et le fonctionnement du secrétariat et des autres services ainsi que le statut du personnel (M. Pomey, traité préc., p. 185).

assisté par un comité d'orientation qui ne peut que donner des avis et formuler des recommandations sur la politique définie et les actions mises en œuvre par la Fondation du patrimoine (article 6, Loi du 2 juillet 1996 portant création de la Fondation du patrimoine).

De la même façon, le règlement intérieur ne pourrait comporter des dispositions qui instituent de nouvelles structures dépouillant le Conseil d'administration de ses compétences.

621. La concentration des pouvoirs se manifeste également dans la composition même du Conseil d'administration (a). Elle est d'autant plus regrettable que le Conseil d'administration est l'organe souverain de la fondation (b) et que le statut de ses membres est loin d'être clairement défini (c).

a- La composition du Conseil d'administration.

622. La composition du Conseil d'administration des fondations est l'élément principal de discrimination entre la fondation, qui, ne comprenant pas de membres, ne comporte pas d'instance de représentation de ces membres¹, et les groupements de personnes. Elle est guidée par un souci d'équilibre entre ses différentes composantes² ainsi que par un souci d'efficacité.

Il résulte des statuts-types que l'instance décisionnelle de la fondation reconnue d'utilité publique (le Conseil d'administration) est composée de trois catégories de membres. Les statuts-types font, en effet, allusion aux représentants des fondateurs, aux représentants de l'Etat (les « membres de droit »)³, ainsi qu'à des personnalités indépendantes qualifiées au regard de l'intérêt général (« les membres cooptés en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation »). La volonté de

¹ C'est la raison pour laquelle on peut déplorer que la composition du Conseil d'administration de la Fondation du patrimoine repose sur l'attribution de voix proportionnelle aux apports des fondateurs (article 6, loi du 2 juillet 1996). En ce sens, la Fondation du patrimoine dénature le concept de fondation, qui désigne une affectation de biens.

² Conseil d'Etat, Rapport public du Conseil d'Etat, 1990, Documentation française, p. 84.

³ Pour mettre fin à l'incertitude, le Conseil d'Etat a précisé que la représentation de l'Etat devait inclure le Ministre de l'Intérieur ou son représentant (Rapport public du Conseil d'Etat, 1990, op. cit., p. 84). De plus, les membres de droit du Conseil d'administration doivent, selon l'avis n° 318611 du 16 nov. 1976, être désignés de manière suffisamment précise (conditions de choix, durée du mandat) (M. Pomey, traité préc., p. 417).

ne pas laisser la fondation « entre les mains » des fondateurs¹ ou de la puissance publique explique ce « panachage ».

Les membres du collège des fondateurs sont nommés et renouvelés par le fondateur lui-même et, en cas d'empêchement définitif, par le Conseil d'administration lui-même. Le fondateur peut certes siéger avec voix délibérative au Conseil d'administration² mais les héritiers du fondateur n'ont pas « de droit héréditaire » à participer à la vie de la fondation reconnue d'utilité publique créée par leur auteur, signe que la fondation n'est pas un groupement de personnes, mais bel et bien une affectation de biens à un but d'intérêt général. Les représentants de la puissance publique s'entendent, quant-à-eux, des représentants des ministères intéressés c'est-à-dire des représentants du Ministère de l'Intérieur et des représentants des ministères techniques que sont les ministères dont le champ d'action couvre la mission de la fondation³. Les personnalités indépendantes qualifiées sont nommées par les représentants des fondateurs et les représentants de la puissance publique.

Le souci de respecter un équilibre se concrétise également à travers la règle mathématique dite de la proportionnalité⁴. Ainsi, chaque catégorie de membres doit représenter un tiers du nombre total de membres du Conseil d'administration. Il s'agit d'éviter que la fondation ne tombe sous la coupe des personnes publiques, voilant ainsi un établissement public déguisé, ou sous celle de ses fondateurs déguisant alors un groupement de personnes. Le Conseil d'Etat se montre très scrupuleux quant au respect de la règle de proportionnalité⁵ ; aussi, exige-t-il que les représentants de l'Administration soient nommés « es qualités » c'est-à-dire « en tant que représentants des administrations intéressées »⁶. Dans le même sens, l'augmentation du nombre des

¹ Il a été ainsi rappelé que le Conseil d'administration doit s'ouvrir au-delà des fondateurs (avis n° 325580 du 16 oct. 1979 cité par M. Pomey, traité préc., p. 421).

² Contra, P. Langeron, loc. cit., p. 1013.

³ La Section de l'intérieur du Conseil d'Etat a eu à rappeler que l'obligation de faire siéger un représentant de la tutelle technique au sein du conseil d'administration de la fondation n'est pas remplie lorsque le ministre se contente de désigner une personnalité pour siéger à ce conseil (Rapport public du Conseil d'Etat, 1998, Documentation française, p. 73).

⁴ Principe rappelé dans un avis n° 313342 du 28 oct. 1976 cité par M. Pomey, traité préc., p. 417.

⁵ La composition tripartite du Conseil d'administration a été rappelée dans un avis du 25 oct. 1977 (avis n° 319828).

⁶ M. Pomey, traité préc., p. 163.

membres de droit ne peut, selon le Conseil d'Etat, se faire au détriment des personnalités indépendantes cooptées en raison de leur compétence¹.

Le système des « trois tiers », garantie d'équilibre, est toutefois largement érodé par le mode de nomination des membres cooptés en raison de leur compétence. Ainsi, si la nomination des membres du collège des personnalités qualifiées est opérée par le vote commun des membres des deux autres collèges², les membres de ce collège sont choisis au sein d'une liste de noms préétablie par le fondateur. De plus, la règle des trois tiers est souvent biaisée du fait qu'il semble s'avérer pratiquement difficile de réunir trois représentants de l'Etat. De fait, ne siègera, aux côtés du Ministre de l'Intérieur, qu'un seul représentant des ministères de la tutelle technique. Ainsi, le Centre d'études de documentation, d'information et d'action sociale, fondation reconnue d'utilité publique, ne compte dans son conseil d'administration qu'un seul représentant de la tutelle technique, le Ministre chargé des affaires sociales.

623. La concentration des pouvoirs entre les mêmes mains est accentuée par le mode de renouvellement des mandats et la réglementation des limites d'âge³. Ainsi, la durée des fonctions des administrateurs de la fondation de même que les conditions de leur renouvellement au Conseil d'administration sont fixées librement par les statuts et le règlement intérieur. Il faut néanmoins excepter de cette règle les membres de droit, voire les fondateurs eux-mêmes, qui ne sont pas nommés pour une durée déterminée (article 3 des statuts-types). Même lorsqu'ils sont nommés pour une durée déterminée, les administrateurs peuvent être rééligibles, sauf à ce que les statuts instaurent une limite au nombre des mandats. Le choix des nouveaux membres par le Conseil d'administration est d'ailleurs un terrain d'élection des pratiques de cooptation et favorise de ce fait les risques de sclérose. Par ailleurs, la perspective d'un renouvellement quasi-automatique de leur mandat atténue le sens de la responsabilité

¹ Cf. avis n° 318878 du 2 déc. 1977 cité par M. Pomey, traité préc., p. 419.

² Les statuts peuvent prévoir des modalités d'élection du collège des représentants de l'intérêt général plus élaborées. Ainsi, ils peuvent faire appel « à de grands électeurs agissant eux-mêmes soit directement, soit en comité *ad hoc*, soit en venant s'adjoindre, pour l'occasion, au conseil » (M. Pomey, traité préc., p. 177, qui donne notamment l'exemple de la Fondation Thiers, de la Fondation pour la Recherche médicale).

³ Toutefois, le Conseil d'Etat a eu à préciser que le fait d'imposer des limites d'âge trop strictes aboutissait parfois à se priver « du concours de personnes compétentes particulièrement disponibles » (avis n° 317385 du 1 juin 1976 cité par M. Pomey, traité préc., p. 415). Dans le même avis, il est dit que les limites d'âge ne peuvent concerner les membres de droit.

des administrateurs¹. Pour éviter cela, certaines fondations incluent dans leur Conseil d'administration des représentants du personnel, des anciens étudiants ou des anciens bénéficiaires de l'action de la fondation².

624. Parallèlement, la volonté affichée d'efficacité justifie le faible nombre de membres du Conseil d'administration (douze personnes au maximum, sauf circonstances particulières, précise la note 2 sous l'article 3 des statuts-types³) qui doivent être des membres délibérants⁴. Il est, pourtant, permis de penser que ce chiffre de douze personnes trouve également sa raison d'être dans la difficulté de faire siéger au Conseil d'administration plus de trois représentants de l'Etat⁵.

Ainsi composé, le Conseil d'administration peut exercer ses attributions.

b- Les attributions du Conseil d'administration.

625. Le Conseil d'administration se réunit au moins une fois par an et chaque fois qu'il est convoqué par son président ou sur la demande d'un quart de ses membres. Ne participent aux séances du Conseil d'administration, en principe, que les membres délibérants mais rien n'interdit de spécifier dans les statuts que toute personne peut être invitée par le Président à assister aux séances du Conseil d'administration en tant qu'observateur consultatif⁶.

Les délibérations du Conseil d'administration ne sont valables que si elles sont prises en présence de la majorité des membres en exercice du conseil. Cette règle est d'autant plus sévère que les membres du Conseil d'administration ne peuvent donner à un autre membre pouvoir de les représenter que si les statuts le prévoient⁷.

Si ce quorum n'est pas atteint, il y a lieu de procéder à une nouvelle convocation,

¹ Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 91.

² En ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 178 et les noms de fondations par lesquels il illustre son propos. Sur la possibilité de faire siéger des représentants du personnel au Conseil d'administration, cf. avis n° 319728 du 26 avr. 1977, in M. Pomey, traité préc. p. 418.

³ Ainsi dans l'avis n° 323812 du 9 janv. 1979 (in M. Pomey, traité préc., p.420), le Conseil d'Etat a estimé que le nombre de 38 administrateurs était excessif et qu'il ne saurait être encore augmenté.

⁴ Voy. avis n° 321573 du 29 nov. 1977 cité par M. Pomey, traité préc., p. 418.

⁵ En ce sens, Rendre plus attractif le droit des fondations, op. cit., p. 87.

⁶ En ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 180-181 et avis n° 321573 du 29 nov. 1977 cité par M. Pomey, traité préc., p. 418.

⁷ Cf. avis n° 319081 du 2 fév. 1977 cité par M. Pomey, traité préc., p. 417.

effectuée dans les conditions précisées par le règlement intérieur (article 5 des statuts-types). A la suite de la seconde convocation le Conseil d'administration pourra valablement délibérer si au moins un tiers des membres est présent, étant précisé que chaque administrateur ne peut détenir plus d'un pouvoir. Les décisions du Conseil d'administration seront souvent prises à la majorité des voix. En cas de partage des voix, la voix du Président est prépondérante (article 5 des statuts-types). Les séances du Conseil d'administration sont relatées dans un procès-verbal signé par le Président et le secrétaire.

626. Le Conseil d'administration délibère sur le rapport annuel élaboré par le bureau portant sur la situation financière et morale de la fondation. Il discute également les comptes de l'exercice présentés par le trésorier, vote le budget de l'exercice suivant proposé par le bureau et délibère sur les questions mises à l'ordre du jour (article 7 des statuts-types). Plus généralement, il gère le patrimoine de la fondation et connaît de toutes les questions intéressant l'administration de la fondation.

Afin que le fonctionnement du Conseil d'administration ne soit pas paralysé par le décès ou la démission d'un membre du Conseil d'administration¹, le remplacement du membre décédé ou ayant démissionné est effectué dans les deux mois ; la durée des fonctions du membre remplaçant ne saurait toutefois excéder celle du membre qu'il a remplacé.

627. Pour instruire ses décisions et en assurer l'exécution², le Conseil d'administration élit, parmi ses membres, un bureau composé du Président, d'un vice-président, d'un secrétaire et d'un trésorier³. Les statuts de la fondation sont libres de spécifier que le président sera de droit le fondateur puis à sa mort, son conjoint ou son

¹ Les statuts de la fondation peuvent organiser la démission d'office des administrateurs lorsque le membre nommé l'a été es qualité et qu'il a perdu ses fonctions ou encore pour absentéisme (en ce sens, M. Pomey, op. cit., p. 179, qui donne pour exemple de la première hypothèse la Fondation de France et la Fondation Dina Vierny) et illustre la seconde hypothèse par la Fondation Bersabée et par la Fondation Jean Moulin.

² Il n'est pas exclu toutefois que le Conseil puisse déléguer en partie ses pouvoirs au bureau, sauf à ce que ce dernier doive en rendre compte au Conseil d'administration (en ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 182).

³ Certains statuts spécifient que le vice-président assure la suppléance du Président et que le secrétaire est chargé de s'occuper de la correspondance et de la tenue des procès-verbaux (M. Pomey, traité préc., p. 182).

filis ou que le président devra obligatoirement appartenir à un certain collège¹.

Le bureau se présente comme une formation restreinte du Conseil d'administration. Ainsi, les effectifs du bureau ne peuvent excéder le tiers de ceux du conseil (note 2 de l'article 4 des statuts-types) et la durée du mandat des membres composant le bureau ne peut dépasser la durée des fonctions du conseil. Toutefois, la représentation des trois catégories de membres du Conseil d'administration n'est pas exigée.

628. Au sein du bureau, le président et le trésorier sont investis d'attributions particulières. Ainsi, le trésorier encaisse les recettes et acquitte les dépenses. Le Président, quant-à-lui, est doté de pouvoirs plus importants puisque selon l'article 8 des statuts-types, il ordonnance les dépenses et représente la fondation dans tous les actes de la vie civile². Ce pouvoir de représentation inclut celui de représenter en justice la fondation³ ; cette prérogative semble être attachée à la qualité de Président de la fondation, ce dernier ne pouvant être représenté en justice que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration spéciale (article 8 des statuts-types).

Cependant, le pouvoir de représentation du Président ne lui confère aucun pouvoir de décision⁴. Or, l'exécution des décisions relève exclusivement du bureau de la fondation. Il en résulte que, sauf délégation de ses pouvoirs par le bureau, le Président ne peut, faute de pouvoir de décision, agir au nom de la fondation.

De plus, si tant est que le pouvoir de représenter la fondation puisse être délégué, il n'est pas dit que les tiers pourraient se voir opposer la délégation de pouvoir. Plus généralement, il est permis de se demander si les clauses statutaires restrictives des pouvoirs du Président sont opposables aux tiers contractants.

¹ En ce sens, M. Pomey, traité préc., p. 180 et les exemples de fondation qu'il donne.

² L'article 8 des statuts-types précise également que le Président peut donner délégation dans les conditions fixées par le règlement intérieur.

³ Il faut décider que le pouvoir du Président de représenter en justice la fondation implique, sauf clauses statutaires contraires, celui de décider de l'opportunité de l'action en justice. En effet, il peut être présumé que lorsque le fondateur ne lui a pas enlevé ce pouvoir en incluant une disposition statutaire en ce sens, c'est qu'il a entendu habiliter le président à agir au nom de la fondation. La Cour de cassation en a décidé ainsi en matière d'associations déclarées (cf. par ex., Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 1993, Bull. civ. II, n° 346 ; Civ. 1^{er}, 7 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 389 ; Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, J.C.P. 1999, IV, 1800). Et récemment, le Conseil d'Etat a rejoint la position de la Cour de cassation. Pour une confirmation de la position du Conseil d'Etat, cf. Conseil d'Etat, 9 avr. 1999, Revue des sociétés, somm., 411, obs. Y. Guyon, J.C.P. 1999, IV, 2314. La Cour d'appel de Paris l'a également décidé pour une fondation reconnue d'utilité publique (Paris, 3 mars 1995, Droit des sociétés 1995, somm., n° 160, 8, obs. T. Bonneau).

⁴ En ce sens, G. Daublon, Remarques sur les fondations, loc. cit., n° 15 ; Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 88.

A ces incertitudes quant à l'étendue des pouvoirs des différents organes de la fondation s'ajoutent quelques imprécisions quant au statut des administrateurs.

c- Le statut des administrateurs.

629. Le statut des administrateurs est à peine évoqué dans les statuts-types. Ceux-ci se bornent à énoncer que les fonctions des administrateurs sont exercées à titre gratuit et que, par conséquent, seuls des remboursements de frais sont possibles¹ (article 6 des statuts-types). Le Président de la fondation (ou un administrateur délégué), qui, en qualité de représentant de la fondation, doit jouir du plein exercice de ses droits civils, peut toutefois se voir allouer une indemnité exceptionnelle².

La révocation des administrateurs n'est envisagée par aucune disposition des statuts-types³. Il s'ensuit que la révocation des membres du Conseil d'administration ne pourrait intervenir que sur décision judiciaire⁴. La révocation du président du Conseil d'administration de la Fondation Vasarely s'est réalisée dans ces conditions⁵. En cas de dysfonctionnement ou de péril de la fondation, un administrateur provisoire pourrait d'ailleurs être désigné, éventuellement sur la demande de l'autorité administrative de tutelle⁶.

¹ Il est à noter que des précautions sont prises afin que ces remboursements de frais ne camouflent pas une rémunération déguisée. Ainsi, ces remboursements doivent faire l'objet d'une décision expresse du Conseil d'administration, celui-ci statuant hors de la présence des intéressés au vu de justifications qui font l'objet de vérifications (article 6 des statuts-types).

² En ce sens, cf. M. Pomey, traité préc., p. 181. Voy. également, Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1991, arrêt n° 1568, Lexislaser cassation. Dans cette affaire, les statuts de la Fondation Salabert contenaient un article stipulant qu'une indemnité mensuelle serait attribuée par le Conseil d'administration à son fondateur et Président d'honneur.

³ Il semblerait, toutefois, que les statuts de certaines fondations aient pris la précaution d'organiser la révocation des membres par le Conseil d'administration, sauf à ce que l'intéressé soit mis en mesure de présenter sa défense (M. Pomey, traité préc., p. 179).

⁴ Comp. à propos des associations, Civ., 29 nov. 1994, Bulletin Joly 1995, 182, obs. M. Jeantin, qui paraît admettre que dans le silence des statuts et de la loi, le juge peut s'inspirer de la loi du 24 juillet sur les sociétés commerciales. Cf. également, Civ., 17 janv. 1995, Bulletin Joly 1995, 330, obs. M. Jeantin, qui, dans le silence des statuts, autorise l'assemblée générale d'une association à procéder à la révocation d'un administrateur.

⁵ Cf. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 89.

⁶ La désignation d'un administrateur provisoire est limitée aux hypothèses dans lesquelles les organes de gestion ne peuvent fonctionner régulièrement ou s'il est à craindre qu'un préjudice irréversible soit causé à la fondation.

Pour une application récente de nomination dans une association d'un administrateur provisoire, cf. Paris, 28 avr. 1998, Revue des Sociétés 1998, somm., 629, obs. Y. Guyon. Dans cette espèce, la nomination d'un administrateur provisoire a été justifiée par réticence des dirigeants à pouvoir rendre compte de l'affectation des fonds versés à l'association, réticence constitutive selon la cour d'appel de

Le même silence entoure le régime de responsabilité des administrateurs. Vis à vis des tiers, les actes accomplis par les administrateurs de la fondation engagent la responsabilité civile de la personne morale puisqu'en vertu du mécanisme de la représentation, ils sont censés avoir été accomplis par elle.

A défaut de dispositions spécifiques et en application du droit commun, les administrateurs de la fondation engagent par ailleurs leur responsabilité civile personnelle pour les dommages causés à la fondation¹ ou aux tiers².

Les dirigeants de fondations, comme ceux des sociétés commerciales, peuvent également encourir une responsabilité financière personnelle lorsqu'ils ont commis une faute de gestion ayant contribué au passif de la fondation, l'article 179 de la loi du 25 janvier 1985 mettant à la charge des dirigeants de *toutes* les personnes morales de droit privé l'obligation de combler l'insuffisance d'actif³. En dehors de cette hypothèse, ils ne sauraient être tenus d'assumer le passif de la fondation.

La responsabilité des administrateurs peut en outre être pénalement engagée⁴. Si du fait de la responsabilité pénale des personnes morales introduite par le nouveau code pénal, la fondation est responsable, dans les hypothèses prévues par la loi ou le règlement, des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants (article 121-2, al. 1 du Code pénal), ses administrateurs peuvent toutefois voir leur responsabilité pénale engagée lorsqu'ils sont « auteurs ou

Paris d'un dysfonctionnement grave.

¹ Il est difficile de déterminer la qualité juridique des membres du Conseil d'administration puisque ceux-ci ne peuvent être les « membres » de la fondation. Pour certains (A. David, *La vie des fondations*, R.T.D.C 1959, p. 665 et s. et spéc., p. 679) il y aurait de la part des membres du Conseil d'administration un « contrat de services gratuit innomé ». Il est plus probable que les administrateurs, tout au moins ceux désignés par le fondateur, sont des mandataires du fondateur.

Il se pourrait d'ailleurs que les administrateurs de la fondation soient jugés responsables des conséquences d'un redressement fiscal. Il a même pu être jugé que le directeur technique d'une association était responsable en qualité de dirigeant de fait des conséquences d'un redressement fiscal (Civ. 2^{ème}, 22 déc. 1997, *Revue des Sociétés* 1998, 125, note P. Reigné). La solution est évidemment transposable aux fondations.

² Comp. à propos des associations, G. Chabot, *Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants*, Rép. Déf. 1999, art. 37015, n° 31 et s. Pour l'auteur de cet article la jurisprudence ne retiendrait la responsabilité personnelle du dirigeant qu'à la condition que soit caractérisée une faute personnelle imputable au dirigeant et qui soit séparable de ses fonctions, la difficulté étant alors de définir la notion de faute séparable des fonctions.

³ Pour un exemple de dirigeants d'association condamnés à la faillite personnelle pour dépôt de bilan tardif, cf. Paris, 5 avr. 1996, *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1996, 597, obs. E. Alfandari.

⁴ Voy. pour les associations, C. Ducouloux-Favard, *La dissipation dans la gestion des associations*, *Petites Affiches*, 24 avr. 1996, n° 50, p. 79 et s.

complices des mêmes faits » (article 121-2, al 3 du Code Pénal).

Il est ainsi une hypothèse particulièrement intéressante de responsabilité pénale des dirigeants, c'est celle qui incrimine l'utilisation par les administrateurs de fonds de la fondation à un usage autre que l'objet en vue duquel la fondation a été créée. L'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être retenue dans la mesure où elle est d'application stricte. En dehors des cas où il est prévu (article 425-4 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour les sociétés à responsabilité limitée et article 437-3 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés anonymes), ce délit ne peut être retenu à l'encontre d'autres personnes morales. Lorsque l'usage contraire à l'objet statutaire est le fait des membres du bureau, leur responsabilité pénale pourrait néanmoins être engagée sur le fondement des dispositions incriminant l'abus de confiance, les membres du bureau ayant obtenu la maîtrise des fonds détournés en vertu d'un mandat des membres du Conseil d'administration.

L'incrimination d'abus de confiance peut en outre être invoquée par les donateurs lorsque les fonds par eux donnés ont été utilisés par les administrateurs à un usage autre que celui en vue duquel il a été remis. Il y a bien eu un contrat impliquant la remise d'un bien à titre précaire. La qualification d'escroquerie à la charité peut également être envisagée si la remise s'accompagne de manoeuvres frauduleuses.

Les imprécisions ou lacunes précédemment relevées dans la répartition des pouvoirs entre les différents organes de la fondation ou dans le statut des administrateurs sont d'autant plus regrettables que les fondations reconnues d'utilité publique sont appelées à gérer un patrimoine important.

B- Le patrimoine de la fondation reconnue d'utilité publique : des moyens matériels importants.

La fondation reconnue d'utilité publique parvient à réaliser sa finalité à l'aide de ressources annuelles (a) et elle est aidée dans sa tâche par un régime fiscal de faveur (b).

a- Détermination des ressources annuelles de la fondation.

630. Les fondations reconnues d'utilité publique disposent, comme ressources principales, des revenus de la dotation initiale. Aussi, les fonds constituant la dotation

initiale doivent être placés de façon à ce qu'ils procurent à la fondation les meilleurs rendements possibles. Le placement financier a, en réalité, un double objectif : procurer à la fondation des rendements annuels maximums et permettre « la meilleure conservation possible, à long terme, du principal, voire même sa valorisation »¹. Pour ce faire, les fondations reconnues d'utilité publique disposent d'une totale liberté de placement. Ainsi, le législateur, par une loi du 29 novembre 1956, les autorise à placer leurs fonds en valeurs admises en garantie d'avances par la Banque de France. Bien mieux, les valeurs mobilières détenues par la fondation reconnue d'utilité publique n'ont plus à revêtir uniquement la forme nominative. Le fonds de dotation peut ainsi être placé en valeurs mobilières, cotées ou non à une bourse officielle française ou étrangère, en titres de créances négociables, en bons du trésor, en immeubles nécessaires au but poursuivi ou en immeubles de rapport tels que des bois, forêts, terrains à boiser, fermes et tous immeubles construits ou à construire, enfin en capitaux affectés à l'acquisition, l'aménagement ou la construction de ces immeubles (article 11 des statuts-types). Pour la gestion du fonds de dotation, les fondations font, de plus en plus souvent, appel à des experts financiers. Cette gestion est d'ailleurs favorisée par un allègement de la tutelle administrative. Ainsi, l'aliénation des valeurs mobilières contenues dans la dotation aux fins de emploi du produit en d'autres valeurs mobilières est soustraite à l'exigence d'une autorisation administrative lorsque la quotité de la dotation n'est pas modifiée².

631. Aux revenus de la dotation peuvent venir s'ajouter d'autres sources de revenus pour la fondation. Il peut d'abord s'agir du produit des rétributions pour services rendus. Cette notion désigne les recettes perçues au titre d'activités lucratives accessoires et la facturation des prestations de service. La fondation reconnue d'utilité publique peut également, en vertu des statuts-types, se voir allouer des subventions de la part de l'Etat ou des collectivités locales. La subvention ne prend pas seulement la forme d'un versement en espèces ; elle peut également consister dans des prestations en nature comme la mise à disposition gratuite de locaux³ ou de matériel.

¹ M. Pomey, traité préc., p. 190.

² Cf. avis n° 248023 du 21 juin 1949 cité par M. Pomey, traité préc., p. 409.

³ Sur la mise à disposition de locaux publics, cf. E. Baron, P. Mallhieri, La mise à disposition de locaux publics, *Juris-Associations* 1996, n° 137, p. 24 et s.

632. Les subventions ne peuvent constituer, toutefois, qu'une ressource d'appoint de la fondation¹. En effet, ces aides présentent la caractéristique d'être facultatives, sans contrepartie (à fonds perdus)² et précaires³. Ainsi, la subvention ne confère à l'organisme bénéficiaire aucun droit à la reconduction d'année en année des sommes déjà allouées, l'allocation de la subvention étant entièrement discrétionnaire. Même lorsque la subvention prend naissance dans une convention conclue entre la collectivité et la fondation pour une durée supérieure à un an, cette dernière n'engage pas la collectivité publique à verser le montant de la subvention au-delà d'une année⁴. La règle de l'annualité budgétaire interdisant la conclusion de conventions pluriannuelles, le montant de la subvention prévu dans la convention pour les annualités ne réalise pas un engagement contractuel et est, par conséquent, susceptible d'être révisé. La précarité de la subvention se fera surtout sentir lorsque les frais couverts par la subvention sont des dépenses régulières (on parle alors de subventions de fonctionnement)⁵.

¹ Pour une vue d'ensemble sur les subventions aux organismes sans but non lucratif, cf. Mémento Lefebvre, Associations et Fondations, 1997-1998, op. cit., n° 11 000 et s. ; 92^{ème} Congrès des Notaires à Deauville, Le monde associatif, op. cit., p. 438 et s.

² De plus en plus souvent se développe la pratique des subventions conditionnelles c'est-à-dire subordonnées à l'affectation à une tâche d'intérêt général voire même à la gestion d'un service public. Ces subventions n'en constituent pas moins des aides financières sans contrepartie puisqu'elles profitent à la fondation subventionnée. Il existe néanmoins un risque que ce type de subventions soit confondu avec les contrats de prestation de services rendus (en ce sens, B. Clavagnier, Comment définir juridiquement la notion de subvention ?, *Juris-Association* 1997, n° 155, p. 29 et s. et spéc., p. 32).

³ De plus, en principe, les règles de comptabilité publique imposent que la subvention ne soit versée que lorsque l'organisme subventionné est en mesure d'établir qu'il a réalisé, en tout ou en partie, l'opération subventionnée ou de présenter des justificatifs de dépenses s'il s'agit d'une subvention d'investissement. Il est néanmoins possible de déroger à cette règle. Sur les compétences respectives du maire et du conseil municipal pour l'attribution de concours aux associations sous forme de prestations en nature, cf. Réponse à M. Arthur Dehaine, *J.O A.N*, 31 juill. 1995, Q, n° 27262, p. 3371.

⁴ Pour les associations régies par la loi de 1901, une circulaire du 7 juin 1996 (*J.O Lois et décrets*, 12 juin 1996, p. 8722, *J.C.P.* 1996, III, 68009) invite les ministères à instituer des conventions-cadre pluriannuelles déterminant les modalités d'attribution et de contrôle des subventions. Une convention-type est élaborée aux fins de simplifier et d'accélérer les modalités de versement des subventions. Une clause prévoit ainsi la possibilité de verser des avances pouvant aller jusqu'à 30 % du montant de la subvention de l'exercice précédent. De plus, les crédits prévus au titre de ces conventions ne pourront être affectés qu'en dernier recours par des mesures de maîtrise de l'exécution budgétaire. Enfin, les modalités de contrôle de l'Etat conditionnant la passation de la convention-cadre ont été aménagées. Dans cette optique, la convention prévoit un certain nombre de cas où l'Administration se réserve le droit de suspendre ou d'exiger le reversement de tout ou partie de la subvention.

⁵ Par ailleurs, la subvention peut être affectée par la collectivité publique attributaire à un usage particulier. En ce cas, la fondation est tenue de respecter l'affectation sous peine d'en perdre le bénéfice pour les années ultérieures ou d'être obligée de la rembourser.

633. A côté des subventions, le produit des libéralités dont l'emploi est autorisé, le produit des rétributions pour services rendus c'est-à-dire des recettes issues d'actes payants accessoires, occasionnels et le produit des ressources créées à titre exceptionnel, avec le cas échéant, l'agrément de l'autorité compétente peuvent venir compléter les ressources annuelles de la fondation (article 12 des statuts-types). Cependant, le produit des libéralités autorisées sans affectation spéciale s'ajoute à la dotation initiale et ne peut donc pas être immédiatement utilisé par la fondation. Le dixième de l'excédent des ressources annuelles ne peut, à l'identique, servir à financer l'activité de la fondation : il est capitalisé dans la dotation initiale.

634. L'insuffisance des revenus de la dotation initiale alliée au caractère aléatoire des autres sources de revenus explique que les fondations soient tentées, pour financer leur mission, d'exercer des activités économiques. Or, la licéité de ces activités est fortement controversée en raison de la finalité désintéressée de la fondation reconnue d'utilité publique¹.

Le Conseil d'Etat se montre davantage favorable à la « filialisation » des activités économiques c'est-à-dire aux conventions concédant l'exploitation à des commerçants à condition que celles-ci soient conformes à l'esprit de la fondation et à la lettre des statuts². Ainsi, une fondation reconnue d'utilité publique vouée à la recherche médicale devra, de préférence, concéder la commercialisation des produits issus de ses activités de recherche à un organisme commercial.

Lorsque les fondations reconnues d'utilité publique se livrent malgré tout à des activités lucratives, elles sont privées du régime fiscal de faveur dont elles bénéficient d'ordinaire.

¹ Cf. infra, n° 736 et s.

² Dans un avis n° 284775 du 20 mars 1962 (in M. Pomey, traité préc., p. 411), le Conseil d'Etat a estimé qu'une fondation pouvait confier la gestion de certains de ses services (en particulier des services de nature commerciale) à un organisme-tiers, éventuellement commercial à condition qu'il y ait conformité aux statuts, notamment au but et maintien de l'indépendance économique de la Fondation. En l'espèce, il s'agissait d'un marinarium créé en complément d'un musée.

Dans le même sens, il est intéressant de noter qu'un plan dit « plan P.M.E » présenté à la presse par M. Alain Juppé à Bordeaux, le 27 nov. 1995 prévoyait d'obliger les organismes sans but lucratif, qui réalisent habituellement des actes de commerce et en tirent l'essentiel de leurs ressources, à constituer une société d'exploitation pour gérer la partie purement commerciale de leur activité (Juris-Associations 1996, n° 131, p. 6). Ce texte fut, par la suite, abandonné (Juris-Associations 1996, n° 139, 9).

b- Le régime fiscal des fondations reconnues d'utilité publique.

635. Les fondations d'utilité publique sont dotées du même régime fiscal que celui applicable aux associations sans but lucratif, à deux exceptions près. L'une d'elles, déjà abordée au stade de la création des fondations¹, consiste dans le bénéfice d'exemptions ou de taux d'imposition réduits au titre des droits d'enregistrement pour les dons ou legs consentis aux fondations, du fait de leur qualité d'établissement d'utilité publique. Nous n'y revenons pas ici. L'autre avantage fiscal spécifique est l'abattement de 100 000 francs sur le montant de l'impôt sur les sociétés au taux réduit. Si l'on excepte ces deux particularités, les fondations seront redevables des mêmes impôts ou taxes que les associations sans but lucratif. Or, ces derniers diffèrent selon que les fondations exercent (β) ou non (α) une activité lucrative.

α -. Les impôts et taxes applicables aux fondations reconnues d'utilité publique n'exerçant aucune activité lucrative.

636. L'article 206-5 et 219 bis du C.G.I permettent aux fondations de bénéficier d'un impôt sur les sociétés au taux réduit de 24% (ou de 10%) au lieu de 33,33% pour les ressources provenant de la location des immeubles bâtis et non bâtis dont elles sont propriétaires et de ceux auxquels elles ont vocation au titre de membres de sociétés immobilières de copropriété visées à l'article 1655 ter du C.G.I, de l'exploitation des propriétés agricoles ou forestières ainsi que pour les revenus de capitaux mobiliers lorsque ces revenus n'entrent pas dans le champ d'application de la retenue à la source prévue à l'article 119 bis². Les revenus mobiliers taxables au taux de 24% comprennent notamment les intérêts et produits des emprunts non visés à l'article 208 ter, les avances, prêts et acomptes reçus en tant qu'associés de sociétés de capitaux et les revenus de valeurs mobilières étrangères encaissés en France ou à l'étranger sous réserve des conventions internationales.

637. Certains revenus mobiliers comme les produits des titres de créances négociables sur un marché réglementé, les produits d'un ensemble de titres émis à compter du 1^{er} janvier 1987 (article 118, 119, 238 septies B du C.G.I) et les

¹ Cf. supra, n° 88.

² Cf. sur ce sujet, l'article de F. Suplisson, intitulé « L'imposition des revenus du patrimoine des associations », Juris-Associations 1996, n° 135, p. 20 et s.

dividendes reçus de sociétés immobilières de gestion (article 208-3° ter du C.G.I), de sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (article 208-3° quater du C.G.I), de sociétés agréées pour le financement des télécommunications, les sociétés agréées exerçant une activité relative aux économies d'énergie et d'utilisation de la chaleur (article 208-3° *sexies* du C.G.I) et des sociétés immobilières d'investissement (article 208 B du C.G.I) sont taxés au taux de 10 %.

638. Il est enfin des revenus mobiliers exonérés : ce sont les dividendes de sociétés françaises et des produits tels les intérêts des créances, les dépôts, cautionnements et comptes courants visés à l'article 208 ter du C.G.I.

639. Les revenus du patrimoine sont totalement exonérés d'impôts s'ils sont perçus dans le cadre d'une activité désintéressée et non lucrative c'est-à-dire s'ils concourent, par *leur nature* et non simplement financièrement, à la réalisation de l'objet désintéressé de la fondation. Il en a été ainsi jugé à propos du bénéfice agricole produit par une exploitation, propriété d'une association, l'exploitation procurant aux personnes handicapées l'occasion de participer à des travaux agricoles et leur permettant ainsi d'acquérir la formation professionnelle que l'association a pour objet de dispenser¹.

640. Lorsqu'elles sont assujetties à l'impôt sur les sociétés au taux réduit, les fondations reconnues d'utilité publique bénéficient d'un abattement de 100 000 F sur le montant de cet impôt (art. 219 bis III du C.G.I). Si l'impôt dû avant abattement est inférieur à 100 000 francs, l'impôt dû après abattement sera nul. La différence entre l'abattement de 100 000 F et le montant de cet impôt n'est ni reportable ni restituable. De plus, l'avoir fiscal attaché aux dividendes perçus par les fondations est reçu en paiement de l'impôt sur les sociétés et est restitué lorsque son montant n'excède pas l'impôt dû². L'imputation ou le remboursement éventuels sont effectués après avoir retranché de l'impôt sur les sociétés dû l'abattement de 100 000 F³.

¹ Conseil d'Etat, 22 octobre 1980, req., n° 4906, Revue de jurisprudence fiscale 12/80, n° 946 ; Conseil d'Etat, 24 fév. 1986, Association Saint-Anne, Revue de jurisprudence fiscale 4/86, n° 354, conclusions O. Fouquet.

² Il en va autrement si la fondation détient au moins 10 % du capital de la société distributrice.

³ Ajoutons que l'impôt sur les sociétés dû par les organismes sans but lucratif n'est pas mis en recouvrement s'il n'excède pas 1000 F (franchise). L'impôt sur les sociétés est déterminé après application de l'abattement de 100 000 francs mais avant imputation de l'avoir fiscal, lequel constitue un mode de paiement de l'impôt sur les sociétés.

641. Les fondations sont également redevables des taxes et participations assises sur les salaires lorsqu'elles emploient du personnel salarié (taxe sur les salaires, participation à la formation professionnelle, participation des employeurs à l'effort de construction)¹. La taxe sur les salaires est due par tous les employeurs non assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée. Cette taxe est liquidée au taux de 4.25 % sur chaque rémunération jusqu'à 41 570 Francs. Le taux est porté à 8.5 % pour la fraction comprise entre 41 570 et 83 060 francs et à 13.6 % pour la fraction excédant 83 060 francs (article 231 2 bis du C.G.I.). Un abattement spécial bénéficiant aux fondations reconnues d'utilité publique employant moins de trente salariés s'impute sur le montant de la taxe normalement due (article 1679 A du C.G.I.). Pour la taxe due au titre des salaires versés en 1999, le montant de cet abattement a été fixé à 29 070 francs. La taxe d'apprentissage, ayant pour objet de faire participer les employeurs au financement des premières formations technologiques et professionnelles, n'est, quant-à-elle, due que dans l'hypothèse où la fondation s'adonne à des activités passibles de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun et qu'elle verse des salaires².

642. Il faut également signaler que les fondations sont assujetties à la taxe d'habitation sur les locaux meublés conformément à leur destination et occupés à titre privatif (article 1047-I-2 C.G.I.). Certaines constructions destinées à être affectées à un service public ou d'utilité publique et notamment les constructions destinées à recevoir une affectation culturelle, scientifique ou sportive ou encore d'assistance, de bienfaisance, de santé ou d'enseignement sont dispensées de la taxe locale d'équipement et des taxes habituelles, lorsque ces constructions sont édifiées par des fondations reconnues d'utilité publique (CGI annexe II, article 317 bis 2°). Les fondations sont exemptées dans les mêmes conditions que la taxe locale d'équipement de la taxe départementale des espaces naturels sensibles due dans les départements où le conseil général a décidé sa perception.

643. Comme les autres contribuables, les fondations reconnues d'utilité publique

¹ Sur la taxe sur les salaires, cf. art. 231 et s. du C.G.I. ; sur la participation à la formation professionnelle, cf. art. 235 ter C et s. du C.G.I. ; sur la participation des employeurs à la l'effort de construction, cf. art. 235 bis du C.G.I.

² En outre, les fondations qui versent des « commissions, courtages, ristournes commerciales ou autres vacations, honoraires occasionnels ou non, gratifications et autres rémunérations » sont soumises, en

doivent, de plus, acquitter les taxes foncières à raison des immeubles dont elles sont propriétaires au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. Les fondations reconnues d'utilité publique propriétaires de locaux situés dans la région d'Ile de France et utilisés pour l'exercice de leur activité sont néanmoins exonérées de la taxe annuelle sur les locaux à usage de bureau dont sont en principe redevables les propriétaires de locaux d'une superficie supérieure à 100 m² pour les bureaux, à 2 500 m² pour les locaux commerciaux et à 5 000 m² pour les locaux de stockage. Le montant de cette taxe est calculé par mètre carré et varie chaque année selon l'emplacement, (article 231-ter V-3° du C.G.I modifié par la loi de finances pour 1999)¹.

644. Les fondations reconnues d'utilité publique sont en revanche assujetties aux redevances pour constructions ou transformations de bureaux ou de locaux de recherche en Ile de France, le texte de l'article L. 520 7 du Code de l'Urbanisme instituant une exonération qui ne vise expressément que les associations reconnues d'utilité publique.

645. Enfin, les fondations d'utilité publique, comme tous les employeurs employant plus de neuf salariés à Paris et dans les départements limitrophes, sont tenues d'acquitter la cotisation de versement de transport ayant vocation à améliorer les transports publics². Les fondations reconnues d'utilité publique dont l'activité présente un caractère social sont cependant exonérées de ce versement³ (article L. 233-58 et L. 263-2 du Code des communes). Ainsi, une fondation qui assure une formation à l'emploi moyennant une participation modique pourra bénéficier de l'exonération de la cotisation de versement de transport.

A ces impôts viennent s'ajouter des impôts et taxes supplémentaires lorsque la

application de l'article 240-2 du C.G.I, à des obligations déclaratives.

¹ Cf. également, instruction du 11 mars 1999, B.O.I 8P-1-99 et 8 P-2-99, Rép. Déf. 1999, art. 36979.

² L'assiette de cette contribution est constituée par la totalité des salaires servant de base de calcul des cotisations de sécurité sociale. Sur la question, cf. C. Mayer-Blondeau, Versement de transport et exonérations, *Juris-Associations* 1996, n° 149, p. 21 et s.

³ Pour illustration, cf. Soc. 29 fév. 1996, *Bulletin social Francis Lefebvre*, mars 1996, *Revue de jurisprudence sociale* 4/1996, n° 451, 271. De cet arrêt il résulte que le bénéfice de l'exonération de la cotisation de versement de transport est indépendant de l'assujettissement de l'établissement à la T.V.A et qu'il peut être accordé quand bien même l'établissement exercerait une activité économique accessoire.

Certaines communes ou des agglomérations autres que celles de la région parisienne peuvent également instituer un versement de transport. Dans ce cas, la commune ou l'établissement public concernés fixent eux-mêmes la liste des fondations exonérées.

fondation reconnue d'utilité publique se livre à une activité lucrative.

β- Les impôts et taxes applicables aux fondations reconnues d'utilité publique se livrant à une activité lucrative.

646. Les fondations amenées à exercer des activités économiques sont, en principe, redevables des mêmes impôts et taxes que ceux frappant les activités professionnelles (impôt sur les sociétés, imposition forfaitaire annuelle, taxe sur la valeur ajoutée, taxe professionnelle), la reconnaissance d'utilité publique n'ayant pas pour effet de soustraire les fondations aux impôts commerciaux¹. Cette règle trouve sa justification dans le principe d'égalité devant l'impôt, la notion d'utilité sociale et le désir d'éviter l'évasion fiscale².

Il peut sans doute paraître étrange qu'une fondation, qui n'est pas une société, soit assujettie à l'impôt sur les sociétés mais l'assujettissement des fondations reconnues d'utilité publique à l'impôt sur les sociétés résulte des termes mêmes de la loi qui vise toutes les personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations *de caractère lucratif* (article 205 du C.G.I.). Ainsi, la fondation devra acquitter sur les revenus du patrimoine se rattachant à une exploitation commerciale, comme sur les autres revenus de ses activités économiques, l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun. Passible de l'impôt sur les sociétés, la fondation sera du même coup redevable de l'imposition forfaitaire annuelle³ (article 223 *septies* du C.G.I.). Lorsqu'elle se livre à des opérations la rendant passible de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, la fondation reconnue d'utilité publique devra également acquitter la taxe d'apprentissage.

647. Les fondations qui exercent une activité professionnelle habituelle sont en

¹ Ce principe a été rappelé par l'instruction fiscale du 15 septembre 1998 (sur le contenu de cette instruction, cf. infra, n° 649). Il est ainsi précisé que les procédures d'agrément ne constituent qu'un élément d'appréciation du caractère d'utilité sociale.

² Cf. G. Goulard, Régime fiscal des associations, rapport au Premier Ministre, reproduit in B.F 4/98, p. 191 et s. et spéc., n° 37. Pour une critique de ce rapport, cf. G. Sousi, Le rapport Goulard, fausse joie pour les associations, Petites Affiches, 25 mars 1998, n° 36, p. 13 et s.

³ Le montant de cette imposition forfaitaire annuelle varie en fonction du chiffre d'affaires. Il varie entre 5000 F. pour les personnes morales dont le chiffre d'affaires est inférieur à un million de francs et 200 000 F. pour celles dont le chiffre d'affaires atteint 500 millions de francs. Notons que le projet de loi de finances pour l'an 2000 prévoit de supprimer l'imposition forfaitaire annuelle pour les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés dont le chiffre d'affaires est inférieur à 500 000 francs.

autre redevables de la taxe professionnelle (article 1447 du C.G.I.). En cas d'assujettissement, la base d'imposition est constituée par la somme de la valeur locative des immobilisations corporelles affectées à l'activité assujettie et de 18 % des salaires du personnel rattaché à cette dernière activité¹.

648. Lorsqu'elles effectuent à titre onéreux des opérations à caractère économique, les fondations sont également passibles de la taxe sur la valeur ajoutée (articles 256-1 et article 256 A du C.G.I.)². Certaines fondations peuvent toutefois bénéficier d'une exonération sous certaines conditions (art.261-7-1° C.G.I.). Il en est ainsi des fondations qui tout en présentant un caractère social ou philanthropique agissent sans but lucratif et dont la gestion est désintéressée. L'article 261-7-1° b du C.G.I exonère ainsi les opérations faites au bénéfice de toutes personnes par des œuvres *sans but lucratif* qui présentent un caractère social ou philanthropique et dont la gestion est désintéressée, lorsque les prix pratiqués ont été homologués par l'autorité publique ou que des opérations analogues ne sont pas couramment réalisées à des prix comparables par des entreprises commerciales³. Les activités philanthropiques recouvrent notamment les activités relatives à l'enfance, les activités d'accueil, socio-

¹ Il est à noter que la loi de finances pour 1999 institue un abattement progressif sur la fraction des salaires comprise dans la base d'imposition à la taxe professionnelle, à compter des impositions établies au titre de 1999, en vue d'aboutir à la suppression totale de la part salariale de la base d'imposition en 2 003. Ainsi, en 1999, le montant maximal de cet abattement s'établit à 100 000 francs par redevable et par commune. Le projet de loi de finances pour l'an 2000 prévoit que l'abattement sera porté à 300 000 francs.

² Selon l'article 256-I du C.G.I. la taxe sur la valeur ajoutée frappe « les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel ». En vertu de l'article 256 A du C.G.I. « sont assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée les personnes qui effectuent de manière indépendante une activité [de producteur, de commerçant ou de prestataire de services], quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention ». Les fondations, quoiqu'assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée, peuvent bénéficier, à l'instar des sociétés, de la franchise en base de T.V.A prévue par les articles 293 B et s. du C.G.I. La loi de finances pour 1999 (loi n° 98-1266 du 30 déc. 1998, Droit fiscal 1999, n° 1, comm., 1) en ce qu'elle a augmenté les limites de la franchise, fait bénéficier de la franchise de T.V.A les redevables qui n'ont pas réalisé au cours de l'année civile précédente un chiffre d'affaires supérieur à 500 000 francs s'ils réalisent des livraisons de biens, des ventes à consommer sur place ou des prestations d'hébergement et 175 000 francs s'ils réalisent d'autres prestations de services. Lorsque la fondation réalise conjointement des opérations relevant des deux limites précitées, elle ne peut bénéficier de la franchise que si elle « n'a pas réalisé au cours de l'année civile précédente un chiffre d'affaires global supérieur à 500 000 F. H.T et un chiffre d'affaires afférent aux prestations de services autres que des ventes à consommer sur place et des prestations d'hébergement supérieur à 175 000 F. H.T » (article 1651 A du C.G.I modifié par la loi de finances pour 1999).

³ Pour un exemple récent, cf. Tribunal administratif de Lille, 10 déc. 1998, Revue de droit fiscal 1999, n° 498, p. 874, conclusions G. Mulsant.

éducative, hospitalière ou para-hospitalière¹. Le caractère social de l'œuvre se vérifie, quant-à-lui, au fait que l'organisme s'adresse à ceux que le marché délaisse². L'article 261-7-2 du C.G.I exonère également de taxe sur la valeur ajoutée les opérations effectuées par les fondations ayant un but médical ou sanitaire et suppléant à l'équipement sanitaire du pays lorsque ces dernières se bornent à une exploitation ou à des opérations de caractère non lucratif et à condition que les prix pratiqués aient été homologués par l'autorité publique³.

649. Si le caractère non-lucratif de l'activité de la fondation est établi, cette dernière échappera à la taxation aux impôts commerciaux⁴. Ces critères de non-lucrativité, qui furent désignés jusqu'à très récemment sous la dénomination de « doctrine des œuvres », sont issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des Cours administratives d'appel et furent entérinés par les instructions fiscales du 27 mai 1977 et du 25 novembre 1980⁵. Conscient des difficultés rencontrées par les organismes sans but lucratif dans la détermination des impôts par eux exigibles, le service de la

¹ Les activités de tourisme ne paraissent pas présenter un caractère social. C'est ce qui ressort notamment d'un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 26 mai 1995 (Association Union loisirs et vacances de la jeunesse, Droit fiscal 1996, n° 5, 187, Juris-Associations 1996, n° 134, 12) et d'une instruction fiscale du 17 mai 1976 (BOI 3 A-7-76) qui énonce que les activités récréatives ou de loisirs ne présentent pas de caractère social ou philanthropique.

² En ce sens, T. Guillois, loc. cit., p. 1212. L'auteur de la chronique relève que le caractère social impose que l'établissement s'adresse à des catégories de personnes exclues par le marché et en déduit que cette dernière condition s'ajoute au caractère non-lucratif de l'œuvre. En effet, selon lui, pour être considéré comme non-lucratif et échapper à l'impôt sur les sociétés, un organisme peut se contenter de fournir des services *non pris en charge* par le marché. Il lui est imposé de s'adresser à une catégorie de bénéficiaires exclus du marché.

³ Ne sont exonérés ni les objets ou produits livrés ni les services rendus à des personnes étrangères à l'établissement bénéficiaire.

⁴ Avant que n'intervienne l'instruction du 15 septembre 1998, le fait que l'Administration fiscale tienne compte des critères de la lucrativité, comme en matière d'impôt sur les sociétés, pour assujettir ou non les fondations à la taxe professionnelle avait été contestée : en ce sens, X. Delsol, A. Becquart, loc. cit., p. 23, qui notent que « la seule référence à la lucrativité d'une activité aussi bien en matière d'impôt sur les sociétés que de taxe professionnelle ne suffit pas à démontrer que ces deux impositions ont le même champ d'application ». Pour en conclure que si la volonté du législateur avait été celle-là, « il aurait explicitement prévu, comme pour la taxe d'apprentissage, qu'un contribuable soumis à l'impôt sur les sociétés doit également l'être automatiquement à la taxe professionnelle ».

⁵ B.O.I 4H-2-77 et B.O.I 4H-5-80. Si l'activité exercée entraine strictement dans le cadre de l'activité désintéressée de l'organisme et contribue par sa nature et non simplement financièrement à la réalisation de cet objet, si la gestion de l'organisme ne procurait aucun profit matériel direct ou indirect aux fondateurs, dirigeants et membres de ce dernier, si la réalisation d'excédent n'était pas systématiquement recherchée ou lorsqu'ils existaient, si les excédents de recettes étaient réinvestis dans l'œuvre elle-même et si l'activité présentait une certaine utilité sociale, le caractère non-lucratif de l'activité exercée par l'association était reconnu.

législation fiscale du Ministère du budget a élaboré, il y a peu, une nouvelle instruction fiscale clarifiant les règles applicables (instruction fiscale 4 H-5-98 du 15 septembre 1998 précisée par l'instruction 4H-1-99 du 16 février 1999)¹.

Inspirée du rapport d'un Conseiller d'Etat élaboré à la demande du Premier Ministre², cette nouvelle instruction décide que la fondation doit, pour être qualifiée d'organisme sans but lucratif, avoir une gestion désintéressée et ne pas exercer une activité concurrençant les organismes du secteur lucratif dans des conditions similaires aux entreprises commerciales³. Le caractère intéressé de la gestion soumet ipso facto la fondation aux impôts commerciaux. La définition de la gestion intéressée est empruntée à l'article 261-7-1°-d du C.G.I relatif à la taxe sur la valeur ajoutée. Le caractère désintéressé de la gestion résulte de la réunion de trois séries de conditions : la première est la gestion et l'administration bénévole⁴ ; la seconde concerne la non-

¹ Instruction fiscale du 15 septembre 1998, in B.O.I 4 H-5-98 précisée par l'instruction du 16 février 1999, in B.O.I 4H-1-99. Les nouvelles instructions fiscales procèdent davantage à la clarification de la doctrine des œuvres qu'à la substitution de nouveaux critères de non-lucrativité. Ce faisant, elles répondent à un vœu émis par le 92^{ème} Congrès des Notaires, (compte-rendu des travaux de la Commission, 2^{ème} proposition, p. 82).

Dans son discours de clôture des Assises nationales de la vie associative prononcé le 21 février 1999, le Premier Ministre a par ailleurs annoncé le report au 1^{er} janvier 2000 au lieu du 1^{er} avril 1999 du terme du délai accordé aux organismes sans but lucratif pour se mettre en conformité avec les nouvelles règles définies par les instructions du 15 septembre 1998 et du 16 février 1999.

² Cf. Rapport de G. Goulard préc. Le rapport précité propose également d'instituer en faveur des associations une garantie contre les redressements fiscaux. La mesure consiste à protéger du risque de redressement les associations ayant demandé aux services fiscaux si leur activité est ou non lucrative pour la période antérieure à la date de la réponse. Pour diminuer les litiges opposant les associations à l'Administration fiscale, le rapport suggère enfin la mise en place de voies de recours contre les redressements. L'Administration a d'ailleurs fait preuve de souplesse puisqu'elle a décidé d'abandonner les redressements en cours fondés sur le caractère non lucratif des associations à condition qu'elles soient de bonne foi et en fassent la demande ; elle a également décidé de soustraire aux redressements fiscaux les associations de bonne foi pour la période antérieure au 1^{er} avril 1999. Par ailleurs, les associations comme les fondations peuvent, lorsqu'elles font l'objet d'un contrôle fiscal, saisir la commission des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires au sein de laquelle pourront désormais siéger des représentants du monde associatif (article 1651-A II du C.G.I.). Sur les modalités d'application de cet article, cf. instruction du 19 janv. 1999, B.F 3/99, p. 73 et s.).

³ L'instruction fiscale du 15 septembre 1998 (op. cit. n° 30 et s.) réserve toutefois le cas des organismes sans but lucratif dont l'objet même conduit à la réalisation d'actes payants (ex. des organismes de réinsertion économique ou social) si ces derniers obéissent à certaines conditions.

⁴ La gestion de l'organisme ne peut procurer aucun profit matériel direct ou indirect aux fondateurs, dirigeants de droit ou de fait et membres de ce dernier (pour une illustration de l'absence du caractère désintéressé de la gestion, cf. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 19 mars 1996, D. 1998, somm., 35, obs. J.L Lenclos).

Il n'est pas exclu toutefois qu'une rémunération, quelle que soit la forme qu'elle prenne (on entend par là tout avantage consenti par l'organisme ou l'une de ses filiales) puisse être allouée à condition que la rémunération brute mensuelle totale versée aux dirigeants de droit ou de fait n'excède pas les trois quarts du S.M.I.C (article 6, instruction du 15 septembre 1998).

Le juge fiscal avait déjà admis que le cumul d'un mandat d'administrateur bénévole avec une fonction

distribution (directe ou indirecte) de bénéfices ; la troisième vise la non-attribution aux membres de l'organisme ou à leurs ayants-droit d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports (article 261-7-1^od/). Par souci d'unification des critères d'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée et à l'impôt sur les sociétés¹, l'Administration fiscale considère que la gestion désintéressée est un critère de la non-lucrativité de l'œuvre. Condition nécessaire, la gestion désintéressée

rémunérée ne remettait pas en cause le caractère désintéressé de la gestion. Ainsi, en matière d'association, il avait été récemment jugé par la Cour administrative de Paris que « la circonstance que le président, qui exerçait par ailleurs une activité d'enseignant au sein de l'association, ait été rémunéré est sans incidence sur le caractère non-lucratif de l'association » (Cour administrative d'appel de Paris, 27 fév. 1996, Association Institut d'études néo-helléniques, *Juris-Associations* 1996, n° 142, 17). Toutefois, il semblerait que l'instruction fiscale du 15 septembre 1998 réalise un durcissement par rapport à la jurisprudence antérieure en ce sens que cette dernière ne fixait pas de plafond de rémunération mais se contentait de sanctionner les rémunérations trop importantes ou les avantages excessifs (en ce sens, O. Masson, *Fiscalité des organismes sans but lucratif : que retenir de l'instruction du 15 septembre 1998 ?*, B.F 2/99, p. 93 et s.).

L'appréciation de la notion de dirigeant de fait est calquée sur les critères du droit des sociétés. Est ainsi dirigeant de fait toute personne qui remplit les fonctions normalement dévolues aux dirigeants de droit, qui exerce un contrôle effectif et constant sur l'association et qui en définit les orientations (article 3, instruction du 16 février 1999). Dans le domaine des fondations il pourrait s'agir du fondateur qui occupe le poste de directeur salarié. La requalification du directeur salarié en dirigeant de fait ne pourrait être opérée que si les faits laissaient apparaître que les dirigeants de droit n'exercent aucun pouvoir de contrôle sur le dirigeant de fait et le laisse diriger la fondation à sa guise (article 5, instruction du 16 fév. 1999).

Par ailleurs, le caractère désintéressé de la gestion n'empêche pas l'organisme de recourir à de la main d'œuvre salariée dès lors que la rémunération de ces derniers n'est pas excessive et que les salariés ne sont pas des dirigeants de droit ou de fait de l'organisme (article 12 et 13 de l'instruction du 15 septembre 1998). Il a pu être observé que le contrôle ainsi opéré sur les salaires versés par les organismes à but non lucratif est beaucoup plus rigoureux que celui exercé en matière d'entreprise puisque le salaire excessif versé par une entreprise entraîne le réajustement du bénéfice fiscal et non, comme ce qui est prévu pour les organismes sans but lucratif, l'assujettissement de l'établissement aux impôts commerciaux et l'imposition d'un résultat au moins égal à la part des rémunérations considérée comme excessive (O. Masson, art. préc, p. 97).

¹ Cf. pour l'affirmation de l'unicité des critères d'assujettissement, réponse du Ministère de l'Economie et des finances, M. J. Arthuis, séance du 19 fév. 1995, J.O A.N., 20 février 1997, *Débats*, Q, p. 1130.

Si pour la jurisprudence, la notion d'organisme non-lucratif est interprétée de la même façon qu'il s'agisse de la taxe sur la valeur ajoutée ou de l'impôt sur les sociétés, il n'y a pour autant identité des champs d'assujettissement de la T.V.A et de l'impôt sur les sociétés : l'assujettissement à la T.V.A n'entraîne pas automatiquement l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés et inversement : en ce sens, T. Guillois, *organismes sans but lucratif : la question du lien entre la T.V.A, l'IS et la taxe professionnelle*, *Droit fiscal* 1996, n° 40, p. 1208 et s. ; X. Delsol, A. Becquart, *Absence d'unicité des critères d'assujettissement*, *Juris-Associations* 1996, n° 139, p. 20 et s. ; G. Goulard, loc. cit., n° 57 et s. Cette opinion repose sur un arrêt du 6 nov. 1995 (CISME, *Droit fiscal* 1996, n° 12, comm., 356, conclusions P. Martin), sur la philosophie différente qui anime la T.V.A et l'impôt sur les sociétés et sur divers textes subordonnant des exonérations de T.V.A à des critères différents des critères de la non-lucrativité. Contra, v. Réponse à M. L. Vachet, J.O A.N, 4 août 1999, *Débats*, Q, n° 28977, p. 4840, *Juris-Associations* 1999, n° 204, 17 et Réponse à M. J.M Marchand, J.O A.N, 9 août 1999, n° 29455, p. 4843, *Juris-Associations* 1999, n° 204, 17.

n'est pas pour autant une condition suffisante de la non-lucrativité¹. Ainsi, le caractère concurrentiel de l'activité concernée exclut la non-lucrativité. Il n'est pas imposé que la fondation agisse dans des secteurs non couverts par les entreprises commerciales² : il suffit que les modalités d'exploitation de l'activité soient différentes de celles des entreprises du secteur concurrentiel. En fait, les conditions d'exploitation de la gestion s'apprécient en fonction de divers indices tels que l'utilité sociale de l'activité³, l'affectation des excédents dégagés par l'exploitation⁴, les conditions dans

¹ Ceci a été confirmé dans un récent arrêt du 30 décembre 1992 par la Cour administrative d'appel de Lyon (Fondation Marcel Mérieux, Revue de jurisprudence fiscale 3/93, n° 331 et dans la même affaire Conseil d'Etat, 20 juin 1997, Revue de jurisprudence fiscale 8-9/97, n° 772, conclusions Loloum) : si la dotation initiale de la fondation suppose l'exploitation d'une entreprise dans des conditions comparables aux entreprises commerciales, la fondation entre dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés, malgré l'affectation à des fins humanitaires ou philanthropiques des produits de l'exploitation.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une fondation reconnue d'utilité publique exploitant un laboratoire d'analyses de biologie médicale qu'elle avait reçu à titre de dotation initiale. La Cour administrative d'appel décide que, dès lors que les prix des analyses pratiqués (bien que résultant comme ceux des autres laboratoires, de la valeur des « lettres clés » fixées par le Ministre de la santé) ne faisaient pas l'objet d'une *tarification propre* à la fondation et ne pouvaient pas être regardés comme *homologués* au sens de l'article 261-7-1 bis, la fondation ne pouvait pas bénéficier d'une exonération d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 207-1-5 bis, même si sa gestion présentait un caractère désintéressé.

² Etant entendu que le caractère concurrentiel de l'organisme s'apprécie en fonction de sa situation géographique et non de son caractère concurrentiel potentiel. Si la concurrence s'apprécie aussi au regard du secteur d'activité, celui-ci ne doit pas être compris trop largement. Ainsi, l'appréciation du caractère concurrentiel se trouverait faussée si elle était effectuée en fonction de catégories générales d'activité, comme le sport ou le tourisme. Le critère doit être davantage affiné. Il a également été précisé qu'une association ne présente pas de caractère lucratif du seul fait que d'autres associations non lucratives exercent la même activité (Réponse à M. Duron, J.O. A.N., 17 mai 1999, Débats, Q, n° 25188, p. 2984, B.F. 8-9/99, n° 875, p. 531) et que la situation de concurrence d'une association s'apprécie par rapport à l'ensemble des structures lucratives, qui peuvent éventuellement être celle d'une association fiscalisée à condition toutefois que le motif de l'assujettissement à l'impôt tienne non à l'absence de gestion désintéressée mais à son activité économique.

³ La notion d'utilité sociale a été créée en 1973 par M. le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions relatives à l'arrêt d'assemblée du 30 novembre 1973 (Juris-Associations 1990, n° 49, 14 et s). Le commissaire du gouvernement déclarait dans ses conclusions « qu'est-ce, en effet, qui peut être moins lucratif, dans la société actuelle, que de pallier les insuffisances de l'économie de marché, que ce soit en fournissant, dans des conditions alors nécessairement désintéressées, des services qui ne sont pas assurés par le marché, faute d'être rentables, ou que ce soit en pourvoyant aux besoins de ceux que le marché délaisse parce que leurs ressources trop modestes n'en font pas des clients intéressants ? ». L'utilité sociale fait l'objet d'une appréciation in concreto. Sur la notion d'utilité sociale, cf. également, X. Delsol, B. Clavagnier et A. Becquart, utilité sociale, intérêt général, utilité publique, Juris-Associations 1994, n° 99, p. 21 et s.

⁴ Si l'instruction fiscale énonce à ce sujet que les excédents éventuellement réalisés doivent être réinvestis (pour répondre à des besoins ultérieurs ou pour être affectés à des projets entrant dans son objet statutaire), elle réserve la situation des fondations puisqu'elles sont contraintes de placer en réserve une partie de leurs excédents (article 24, note 5, instruction du 15 septembre 1998). Sous l'empire de la doctrine des œuvres, il avait été décidé que l'absence de recherche systématique de profits, loin de prohiber la réalisation d'excédents de recettes par la fondation, lui interdit simplement de pratiquer des prix comparables à ceux du secteur marchand ou d'utiliser des techniques

lesquelles le service est accessible au public concerné¹ et le caractère non commercial des méthodes utilisées². L'Administration fiscale résume ces conditions par la « règle des quatre P » : le « produit » proposé par l'organisme, le « public » visé, les « prix » pratiqués et la « publicité » faite³ (article 1, instruction du 15 septembre 1998). L'Administration fiscale s'attache à caractériser l'utilité sociale en se référant à la catégorie sociale des bénéficiaires (le public visé)⁴ ou à la nature du service qui n'est pas assuré par le marché ou l'est de manière peu satisfaisante (article 22 et 23 de l'instruction du 15 septembre 1998).

650. Il faut également signaler que le caractère accessoire d'une activité lucrative peut ne pas remettre en cause le caractère non-lucratif de l'organisme si les activités non lucratives demeurent significativement prépondérantes et si les opérations lucratives demeurent dissociables de l'activité non lucrative par leur nature⁵. La

commerciales. Pour illustration, cf. par ex., Cour administrative d'appel de Paris, 18 juill. 1995, Association Groupe Essec, *Revue de jurisprudence fiscale*, 12/95, n° 1359, *Juris-Associations* 1996, n° 138, 12.

Pour une critique de l'exigence d'affectation des excédents, cf. O. Masson, loc. cit., p. 97. Pour ce dernier cette exigence d'affectation ne devrait pas être appliquée lorsque le prix dégagé tout en étant inférieur au prix normalement pratiqué permet à l'organisme de réaliser un bénéfice en raison des concours publics ou privés.

¹ L'instruction fiscale précise qu'il peut ainsi s'agir de la pratique de prix inférieurs à ceux des entreprises commerciales ou de modulation de tarifs en fonction des ressources des usagers. Ce faisant, elle consacre la jurisprudence antérieure : pour la pratique de prix inférieurs, cf. Conseil d'Etat, 17 oct. 1984, *Revue de jurisprudence fiscale* 12/1984, n° 1416 ; Conseil d'Etat, 13 nov. 1991, *Revue de jurisprudence fiscale* 1/92, n° 27 ; Conseil d'Etat, 14 oct. 1988, *Revue de jurisprudence fiscale* 12/88, n° 1308.

² Sous l'empire de la doctrine des œuvres, l'Administration fiscale avait spécifié qu'une activité lucrative entre dans le cadre de l'activité désintéressée lorsqu'il n'est pas fait appel à des pratiques concurrentielles notamment à l'usage de méthodes commerciales comme la publicité. Il semble que la nouvelle position de l'Administration fiscale est plus souple en ce qu'elle permet à la fondation de faire des opérations de communication destinées à la collecte des fonds publics et d'informer son public des opérations qu'elle mène (article 27, instruction du 15 septembre 1998).

³ Il est à noter que l'Administration fiscale n'accorde pas la même importance à ces quatre éléments.

⁴ Pour un exemple de prise en compte du public concerné, cf. par ex., Conseil d'Etat, 12 fév. 1988, *Revue de jurisprudence fiscale* 4/88, n° 409 et Conseil d'Etat, 27 juillet 1984, *Revue de jurisprudence fiscale* 11/84, n° 1314 (une association ne réalise pas des opérations à caractère social ou philanthropique au sens de l'article 267-7-1° b dès lors que les prestations qu'elles réalisent ne s'adressent pas à des personnes défavorisées).

⁵ Un assouplissement des conditions d'assujettissement aux impôts commerciaux est encore à prévoir. Le Premier Ministre a en effet annoncé le 21 février 1999 pendant les Assises nationales de la vie associative l'institution d'une franchise de tout impôt commercial pour les associations qui mènent une activité commerciale accessoire dont le chiffre d'affaires n'excède pas 250 000 francs. Cette mesure contenue dans le projet de loi de finances pour l'an 2000 a été approuvée par le conseil des ministres le 15 septembre 1999. Il a été également proposé de simplifier la gestion du paiement de l'impôt sur les sociétés en supprimant l'obligation de verser des acomptes pour les fondations dont le chiffre d'affaires imposé de l'année précédente est inférieur à 350 000 Francs.

prépondérance des activités non lucratives par rapport aux activités lucratives s'apprécie essentiellement, mais non exclusivement¹, au regard du critère du rapport des recettes commerciales sur l'ensemble des autres moyens de financement de l'organisme². Selon l'Administration fiscale, l'ensemble de l'activité de la fondation ne présente pas un caractère lucratif s'il existe entre l'activité lucrative et l'activité non lucrative de la fondation des liens de complémentarité, sauf à ce que l'activité non lucrative ait pour objet principal le développement d'une clientèle ou l'accroissement des résultats de l'activité lucrative (article 16, instruction du 16 fév. 1999).

La fondation qui mène simultanément une activité non lucrative principale et une activité lucrative accessoire doit constituer deux secteurs d'imposition distincts pour que son caractère non-lucratif soit reconnu par l'Administration fiscale³. De cette façon, les profits industriels, commerciaux et non commerciaux seront assujettis au taux de droit commun et les revenus fonciers, agricoles et mobiliers au taux réduit de 24 % ou de 10 %⁴. L'imposition forfaitaire annuelle sera soumise au même traitement : seul le chiffre d'affaires du secteur lucratif sera retenu pour l'application du barème de l'impôt (article 25, instruction du 16 fév. 1999). L'organisme sera, par ailleurs, uniquement assujetti à la taxe professionnelle sur son secteur lucratif.

Un résultat équivalent peut être atteint par la création par la fondation d'une filiale⁵. En effet, la détention de titres d'une société¹ ne suffit pas, à elle-seule, à

¹ Si le critère comptable ne s'avère pas significatif, pourrait être examiné « la part respective des effectifs ou des moyens qui sont consacrés respectivement à l'activité lucrative et à l'activité non lucrative » (article 19, instruction du 16 février 1999).

² L'instruction fiscale du 15 septembre 1998 précitée indique que « la partie lucrative ne doit pas orienter l'ensemble de l'activité de l'organisme » (article 69).

³ Sur les modalités de la sectorisation, cf. Annexe I, instruction fiscale du 16 février 1999.

⁴ L'instruction fiscale impose la séparation nette entre le secteur lucratif (constitué ou non en entité personnalisée) et le secteur non lucratif. « La sectorisation ou la filialisation ne pourrait avoir pour conséquence d'entraîner des transferts de charges au détriment de l'activité assujettie aux impôts commerciaux, dégageant de ce fait des bénéfices dans les seules structures non fiscalisées » (article 71, instruction fiscale du 15 septembre 1998).

⁵ Cette filiale peut être une structure commerciale dans laquelle l'organisme est majoritaire comme l'E.U.R.L (note 12, n° 69, instruction du 15 septembre 1998 et n° 31, instruction du 16 février 1999). Sur la question, cf. C. Gerschel, La filialisation par une association de son activité lucrative, *Revue des sociétés* 1998, p. 741 et s. Celui-ci considère que la filialisation présente des avantages incontestables sur le plan comptable, économique et juridique ; il ne semble pas en revanche convaincu par l'intérêt fiscal de recourir à la filialisation. Selon lui, le faible succès pratique de la filialisation tient à la réticence des dirigeants d'associations à faire connaître leur activité lucrative à l'Administration fiscale.

engendrer la lucrativité de l'organisme détenteur, sauf à ce que la gestion de la filiale révèle l'existence d'une complémentarité économique entre la fondation et sa filiale auquel cas la fondation serait considérée comme exerçant une activité lucrative pour l'ensemble de ses activités². Ainsi, lorsque la fondation ne participe pas directement à la gestion de la société et se borne à être un actionnaire passif, sa non-lucrativité n'est pas remise en cause. Lorsqu'elle intervient dans la gestion de société sans pour autant que puissent être caractérisés des liens de complémentarité économique, la fondation est réputée mener une activité lucrative de gestion de titres et l'imposition sera limitée à la seule détention de titres (article 31, instruction du 16 février 1999).

651. Même si la fondation ne satisfait pas aux critères de non-lucrativité, le législateur lui permet parfois de bénéficier d'exonération. Il en est ainsi en matière de taxe sur la valeur ajoutée et d'impôt sur les sociétés.

L'exonération porte sur les recettes de six manifestations de bienfaisance ou de soutien par an organisées dans l'année à leur profit par les organismes à caractère social et philanthropique (article 261-7-1^o-c). Cette disposition est destinée à permettre à des organismes sans but lucratif de réaliser, de manière exceptionnelle, des activités lucratives. La nature des manifestations envisageables est variée et peut même ne pas correspondre à l'objet statutaire de la fondation. Lorsque la fondation est représentée sur différentes parties du territoire, le décompte des six manifestations s'opère par section spécialisée à condition que le nombre des manifestations organisées dans la même commune au cours de l'année par les sections locales et l'organisme central n'excède pas six manifestations. Par ailleurs, les salaires perçus par les salariés recrutés à l'occasion et pour la durée de ses manifestations sont exonérés de taxe sur les salaires (article 231 bis L du C.G.I.).

De même, selon l'article 207-1-5^o bis sont exonérés d'impôt sur les sociétés les organismes sans but lucratif mentionnés à l'article 261-7-1 pour les opérations à raison desquelles ils sont exonérés de T.V.A.

¹ Il ne s'agit évidemment que de la détention de titres de sociétés commerciales et non de la détention de parts de sociétés civiles : Réponse à M. Joly, J.O Sénat, 15 juillet 1999, Débats, Q, n° 16090, p. 2417, B.F 8-9/99, n° 877, p. 531.

² Au terme de l'article 36 de l'instruction fiscale du 16 février 1999, il y a complémentarité commerciale lorsque « l'activité non lucrative tend à développer l'activité de la société commerciale » ou « lorsque l'activité commerciale confère à l'activité non lucrative de l'association ou de la fondation, par contagion de ses propres buts et pratiques commerciales, tout ou partie des avantages liés au recours au marché ».

652. L'Administration fiscale, lorsqu'elle s'assure que la fondation reconnue d'utilité publique remplit les conditions d'exonérations fiscales, exerce déjà une forme de contrôle sur les fondations. Il reste que l'essentiel du contrôle est le fait d'autres autorités administratives.

C- Les contrôles de l'activité de la fondation reconnue d'utilité publique.

653. Une fois créée, la fondation reconnue d'utilité publique est régie par ses statuts¹. Elle échappe ainsi à l'emprise de son fondateur. Le fondateur peut certes s'aménager un droit de regard sur l'administration de la fondation en participant directement au Conseil d'administration de la fondation ou en désignant les membres du collège des fondateurs ms l'essentiel du contrôle est exercé au titre de la tutelle administrative. Bien évidemment, le contrôle de tutelle s'étend naturellement à toute la durée de vie des fondations. Il est, en effet, nécessaire que l'autorité administrative s'assure que les privilèges accordés à la fondation du fait de sa reconnaissance d'utilité publique ne sont pas employés à mauvais escient, qu'ils sont toujours mérités. Ces contrôles de l'autorité administrative revêtent des modalités diversifiées².

654. Dans un sens, la présence de représentants de la personne publique au sein du Conseil d'administration constitue déjà une forme de contrôle de l'autorité administrative sur le fonctionnement de la fondation. Il est, néanmoins, des manifestations plus directes du contrôle a priori qui portent sur l'autorisation préalable de certaines décisions du Conseil d'administration.

655. Les contrôles *a priori* concernent les dons et legs adressés aux fondations, la modification des statuts et du règlement intérieur, l'aliénation des biens mobiliers ou immobiliers dépendant de la dotation, les constitutions d'hypothèque et les emprunts³.

¹ Pour une illustration de cette idée, cf. Cass. civ. 1^{er}, 11 avr. 1995, Bulletin Joly 1995, 873, G.P. 1995, 2, pan., 199. Dans cette affaire une convention avait été passée entre les fondateurs et l'Université d'Aix-Marseille au terme de laquelle les fondateurs s'engageaient à assurer à l'Université la majorité au Conseil d'administration. La Cour de cassation approuve les juges d'appel de ne pas avoir appliqué cette convention, estimant que les règles de nomination des administrateurs étaient exclusivement régies par les statuts qui eux ne contenaient pas ces stipulations.

² Cf. dans le domaine des associations, G. Sousi, Les contrôles sur les associations : inventaire et questions, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 61 et s.

³ Ces contrôles a priori ne peuvent être étendus à d'autres hypothèses que celles qui sont prévues par les textes en vertu de la règle « pas de tutelle sans texte ». Ainsi, il a été jugé pour les associations reconnues d'utilité publique qu'était entaché d'excès de pouvoir le décret autorisant la démission d'une

Ces différents contrôles n'ont pas tous la même origine. L'autorisation préalable des libéralités repose sur des sources textuelles puisqu'elle est prévue par l'article 910 du Code civil, le décret du 13 juin 1966 et l'article 7 de la loi du 4 février 1901. Elle est, nous le savons¹, une condition de la capacité d'exercice de la fondation reconnue d'utilité publique.

656. Cette tutelle légale est complétée par une tutelle statutaire. En effet, le décret de 1966 soumet, dans son article 5, à autorisation administrative « les opérations portant sur les droits réels immobiliers, les emprunts, l'aliénation ou le remploi des biens mobiliers dépendant de la dotation ou du fonds de réserve » *lorsque les statuts le prévoient*. En théorie, les fondateurs peuvent faire échapper ces actes à l'autorisation administrative en n'incluant pas dans les statuts une disposition statutaire de ce type. En pratique toutefois, il semblerait que l'inclusion d'une telle disposition statutaire soit considérée par le Conseil d'Etat comme une condition nécessaire à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique. Ainsi, les statuts-types, dans leur article 9, subordonnent les délibérations du Conseil d'administration relatives aux aliénations des biens mobiliers et immobiliers dépendant de la dotation, à la constitution d'hypothèques et aux emprunts à l'obtention d'une autorisation administrative². La tutelle des fondations porte également sur la modification des statuts et du règlement intérieur : le Conseil d'administration ne peut, en vertu de l'article 15 des statuts-types, modifier les statuts ou le règlement intérieur de la fondation qu'après approbation³ de sa délibération par le gouvernement⁴.

membre d'une association reconnue d'utilité publique (Conseil d'Etat, 21 oct. 1959, Académie vétérinaire de France, Lebon, 528).

¹ Cf. supra, n° 155.

² L'énumération fixée par le texte est d'ailleurs limitative : pour un exemple récent, cf. Paris, 9 mars 1999, Revue des sociétés 1999, somm., 411, obs. Y. Guyon, D. 1999, I.R., 107, Dalloz Affaires 1999, 835, note M. B, Bulletin Joly 1999, p. 644, obs. A. Couret, qui décide que le cautionnement par le Président de la fondation d'une société commerciale filiale de celle-ci n'est pas un acte soumis à autorisation administrative.

³ L'approbation est un procédé de tutelle qui doit être distingué du procédé de l'autorisation. Car « l'approbation pose la limite d'un principe positif alors que l'autorisation lève l'obstacle d'un principe négatif » (S. Regourd, thèse préc., n° 163). Ainsi, « le schéma décisionnel qu'implique une authentique autorisation comporte nécessairement trois étapes dont seule la dernière pose la norme : la demande d'autorisation, l'autorisation (ou le refus d'autorisation, auquel cas, il n'y a pas de "débouché" normatif) et l'exercice, éventuel, de la compétence autorisée par le demandeur » (S. Regourd, *ibid.*).

⁴ En fait, l'article 17 des statuts-types fait état pour la modification du règlement intérieur d'une approbation du Ministre de l'Intérieur alors que l'article 15 fait référence, pour sa part, à une approbation du Gouvernement. En réalité, il semble que, dans le premier cas, l'approbation soit donnée

657. Il apparaît que la tutelle administrative préalable n'atteint que les actes les plus graves de la vie des fondations. L'aliénation des biens dépendant de la dotation initiale peut en effet avoir des répercussions importantes sur le fonctionnement de la fondation, et aller jusqu'à compromettre la continuité de l'œuvre d'intérêt général. Les emprunts d'un montant important ou les hypothèques, qui sont également des actes de disposition particulièrement graves, peuvent produire les mêmes effets. Aussi, les mesures de contrôle peuvent-elles se justifier par la volonté de protéger la fondation contre des actes inconsidérés. Ce souci est également présent lorsqu'il s'agit pour l'autorité de tutelle d'autoriser les libéralités dont est gratifiée la fondation, à cette différence près que d'autres préoccupations comme l'intérêt des familles et l'intérêt de l'Etat entrent en jeu¹.

Par l'exercice de la tutelle préalable sur certains actes, l'autorité de tutelle contrôle l'enrichissement (par le biais des libéralités) ou l'appauvrissement (par le biais des actes de disposition) de la fondation reconnue d'utilité publique. Elle s'assure en outre que le Conseil d'administration ne s'éloigne pas, par une délibération postérieure à la création de la fondation, des volontés du fondateur, telles qu'exprimées dans les statuts initiaux ou encore qu'il ne s'essaie pas à modifier, une fois la fondation reconnue, « la règle du jeu » en modifiant, par exemple, les dispositions relatives à l'organisation de la fondation.

658. La tutelle préalable sur certains actes se double d'un contrôle a posteriori. Ce dernier prend la forme d'un contrôle ponctuel sur la comptabilité des fondations et d'un pouvoir permanent de surveillance. Ce pouvoir de surveillance, qui, selon certains, caractérise le mieux la notion de tutelle², existe sans qu'aucun article des statuts ni aucune disposition législative ou réglementaire n'aient à le préciser³.

par arrêté du Ministre de l'Intérieur alors que l'approbation des modifications des statuts exige un décret du Premier Ministre. Cette solution est commandée par le principe de parallélisme des formes puisque lors de la création, l'approbation des statuts a été faite par décret en Conseil d'Etat (en ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 74).

¹ Cf. supra, n° 151 et s.

² En ce sens, E. Rossini, thèse préc., p. 200 et s.

³ Cela a été rappelé par un avis du 28 juin 1949 (avis n° 248022 cité par M. Pomey, traité préc., p. 409-410) selon lequel « en vertu des principes traditionnels du droit français le gouvernement a la haute surveillance des fondations reconnues...et doit veiller à ce que (leurs) conseils d'administration se conforment aux lois... ainsi qu'à leur charte propre, à ce qu'ils accomplissent les volontés des fondateurs et bienfaiteurs, et administrent régulièrement le patrimoine qu'ils représentent ; en conséquence d'une façon générale et lors même qu'aucun article des statuts ne le prévoit (ni aucune

L'article 16 des statuts-types fait ainsi bénéficier le ministre de l'Intérieur et le ministre représentant la tutelle technique du droit « de faire visiter par leurs délégués les divers services dépendant de l'établissement et de se faire rendre compte de leur fonctionnement ». En pratique cependant, il apparaît que cette prérogative est rarement exercée par ses titulaires en raison de l'absence de moyens financiers.

659. Le contrôle de la fondation se manifeste également par la transmission obligatoire de documents à caractère financier à l'autorité de tutelle. Ces documents sont destinés à donner à l'autorité administrative une information financière complète. Ils sont donc composés de documents de synthèse et de comptabilité (les comptes annuels) et de documents prévisionnels (les budgets).

En vertu de l'article 5 II de la loi du 23 juillet 1987, les fondations reconnues d'utilité publique sont tenues d'établir des comptes annuels « selon les principes définis au Code de commerce » et de nommer un commissaire aux comptes. Il semble donc que les fondations reconnues d'utilité publique doivent tenir une comptabilité analogue à celles des commerçants. La référence aux principes définis par le Code de commerce évoquent, selon les praticiens¹, les principes comptables prévus aux articles 8 à 17 du Code de commerce. En fait, les fondations devront, à compter du 1^{er} janvier 2000, établir leurs comptes annuels conformément au Plan comptable général, sauf à respecter les aménagements prévus par le règlement du 16 février 1999 du comité de la réglementation comptable et son annexe homologués par l'arrêté du 8 avril 1999². Ces textes s'attachent à clarifier le traitement comptable des libéralités et des subventions pluriannuelles reçues par les fondations. A cette fin, ils préconisent la distinction des dons et legs selon les objectifs que leur ont assignés leurs auteurs.

En application des prescriptions comptables édictées par la loi du 23 juillet 1987, les fondations reconnues d'utilité publique doivent établir un bilan, un compte de

disposition de loi ou de règlement)..., la puissance publique est...en droit d'exiger de ces établissements afin de vérifier la régularité de leur fonctionnement, la communication sans déplacement de tous renseignements, pièces ou documents de nature à lui permettre de connaître exactement leur situation et d'apprécier leur activité, de telle sorte que puisse, en cas de nécessité, être prononcé, par décret en Conseil d'Etat, le retrait de la reconnaissance d'utilité publique et, par voie de conséquence, la dissolution de l'établissement ».

¹ Mémento Lefebvre, Associations et Fondations, op. cit., n° 8620.

² J.O Lois et décrets, 4 mai 1999, p. 6647. Sur ce nouveau plan comptable, cf. H. Rabourdin, Plan comptable des associations, Les points les plus marquants, Juris-Association 1999, n° 201, p. 24 et s.

résultat et une annexe¹. La disposition légale n'innove pas en ce que l'obligation d'établir des comptes annuels était déjà inscrite dans l'article 12 des statuts-types. La nouveauté vient de ce qu'elle impose à toutes les fondations reconnues d'utilité publique de nommer un commissaire aux comptes et un suppléant² alors que jusque là, cette obligation ne s'imposait qu'aux fondations autorisées à recevoir des versements pour le compte d'œuvres et d'organismes d'intérêt général et aux fondations se livrant à une activité économique conformément aux prescriptions comptables de la loi du 1^{er} mars 1984³ relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises⁴.

La tenue et la fiabilité des documents comptables sont garanties par l'intervention du commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes est, en effet, chargé de certifier les comptes annuels qui lui sont communiqués par le Conseil d'administration. Il doit de plus se faire communiquer par le Conseil d'administration le budget et le rapport sur la situation financière et morale de l'établissement. Le commissaire aux comptes engage sa responsabilité pénale lorsqu'il a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la fondation ou lorsqu'il n'a pas révélé au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance (article 457, loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales). Par renvoi aux dispositions applicables aux sociétés commerciales, les dirigeants des fondations engagent également leur responsabilité pénale. Ils encourent les peines prévues par l'article 439 du Code de commerce en cas de non-établissement des comptes annuels ou celles des articles 455 et 458 de la loi du 24 juillet 1966 en cas de non-désignation du commissaire aux comptes ou s'ils font obstacle à la mission du commissaire aux comptes.

¹ Les fondations bénéficiant de subventions publiques doivent également fournir leurs budgets à l'autorité les ayant subventionnées.

² Ceux-ci sont choisis conformément aux indications de l'article 219 de la loi du 24 juillet 1966 et sont soumis au même statut que ceux des sociétés commerciales.

³ Un commissaire aux comptes et un suppléant doivent obligatoirement être nommés dans les fondations qui, en plus de se livrer à une activité économique, satisfont à deux des trois critères suivants à savoir employer 50 salariés, avoir un chiffre d'affaires de 20 millions hors taxe et 10 millions de francs de bilan.

⁴ D'aucuns ont interprété l'obligation faite aux fondations reconnues d'utilité publique de nommer un commissaire aux comptes comme « une manoeuvre délibérée d'étouffer les fondations moyennes et de les forcer à se restructurer autour de quelques grandes fondations » : en ce sens, J. Vacherot, *Les fondations françaises, d'utilité publique, des origines à la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat*, loc. cit., p. 31.

660. Outre les comptes annuels, les fondations reconnues d'utilité publique doivent adresser au préfet du département, au ministre de l'Intérieur et aux ministres intéressés, le rapport annuel, le budget prévisionnel (article 7 des statuts-types)¹ et le rapport du commissaire aux comptes.

A aucun endroit ne sont fixés les délais de transmission à l'autorité administrative de ces différents documents. De même, aucune sanction spécifique n'assortit la non-transmission des documents. La circulaire du 25 mars 1996 du Ministère de l'Intérieur marque néanmoins la volonté des pouvoirs publics de renforcer l'effectivité des contrôles. Après avoir appelé les préfets à la vigilance et leur avoir indiqué qu'ils doivent veiller à se faire communiquer annuellement les rapports d'activité de la fondation et les comptes d'utilisation des subventions obtenues, elle précise que les manquements au respect de ces obligations doivent donner lieu à une demande d'explication et, si cette dernière demeure ineffective, conduire à envisager la procédure de retrait de la reconnaissance d'utilité publique ou le retrait de l'arrêté préfectoral autorisant les établissements de bienfaisance à bénéficier de l'article 200 et 238 bis du C.G.I.².

661. Les fondations reconnues d'utilité publique bénéficiant de subventions publiques sont assujetties à des contrôles supplémentaires³. Ces contrôles peuvent être exercés par la collectivité qui a accordé la subvention, par d'autres autorités administratives voire par des organes juridictionnels. L'autorité ayant mandaté la subvention exerce ainsi une surveillance sur l'organisme subventionné (article 1^{er} décret-loi du 30 octobre 1935, art. L. 1611-4 al. 1 du Code des collectivités territoriales). En effet, les organismes subventionnés sont tenus de fournir une copie certifiée de leur budget et des comptes de l'exercice écoulé ainsi que tous les documents faisant connaître les résultats de l'activité (article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935, art. L. 1611-4 al. 1). En ce qui concerne les subventions allouées par

¹ En l'absence d'indication sur la présentation du budget, la fondation peut choisir le type de budget prescrit pour les organismes publics ou celui utilisé par les entreprises industrielles et commerciales (Mémento Lefebvre, Associations et Fondations, op. cit., n° 8657).

² La circulaire recommande plus généralement au préfet de s'assurer que les fondations reconnues d'utilité publique méritent toujours la reconnaissance d'utilité publique du fait de l'intérêt public de leurs actions, du respect de l'objet social ou de l'absence de liquidation judiciaire.

³ Il résulte des statuts-types (article 12) que l'emploi des fonds issus de subventions sur fonds publics accordées au cours de l'exercice écoulé doit être justifié auprès du préfet du département, du ministre de l'intérieur et du ministre de la tutelle technique.

une commune, elles sont soumises au contrôle des délégués de la commune qui a accordé la subvention (article L. 221-8 du Code des communes)¹. Lorsque la subvention est accordée par l'Etat, la fondation est contrainte de fournir ses budgets et comptes au ministre concerné et peut être invitée à présenter tout document dont la production est jugée utile (article 14 du décret-loi du 2 mai 1938)².

Le contrôle des subventions est également le fait des trois grandes inspections interministérielles que sont l'Inspection générale des finances, l'Inspection générale de l'Administration et l'Inspection générale des affaires sociales.

Les modalités de contrôle de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale de l'Administration sont fixées par l'article 31 de l'ordonnance du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier et complétées par l'article 43 de la loi du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Ainsi, au terme de l'article 31 2° de l'ordonnance de 1958, les fonctionnaires de l'inspection générale des finances et de l'Administration disposent des « pouvoirs d'investigations nécessaires à l'examen, sur pièces et sur place, des écritures, du bilan et des comptes *dans leurs parties relatives à la gestion et à l'emploi de l'aide accordée conformément au but pour laquelle elle a été accordée* ». L'article 43 de la loi du 12 avril 1996 a précisé, pour sa part, que le contrôle de ces fonctionnaires peut porter sur l'ensemble de la gestion de l'organisme lorsque l'aide financière excède la moitié des ressources totales de l'établissement et n'est pas affectée à une dépense particulière, ou lorsque le compte d'emploi et les pièces de dépense ne sont pas produits. Des sanctions sont par ailleurs mises en œuvre s'il est fait obstacle au contrôle (sous forme d'une amende de 100 000 Francs). La répétition des sommes peut même être ordonnée si l'utilisation des subventions n'a pas été justifiée. Le Ministre chargé de l'économie et des finances peut, de plus, saisir

¹ Sur l'objet de ce contrôle, cf. en matière d'associations, Conseil d'Etat, 28 mars 1997, Lebon, 119, qui décide que le contrôle des subventions accordées n'autorise pas le maire à exiger de l'association subventionner qu'elle produise la liste nominative de ses adhérents.

Il existe, par ailleurs, pour les *associations*, des obligations de mise à disposition de documents destinées à informer les habitants pour les communes d'au moins 3.500 habitants et pour les départements et régions (article L. 2313-1, al. 3, article L. 3313-1, al. 2 et article L. 4312-1, al. 2 du Code des collectivités territoriales).

² Le même article ajoute que le président du comité de contrôle financier et le contrôleur des dépenses engagées près le département ministériel intéressé peuvent obtenir communication de ces documents. Sur le contrôle des associations subventionnées, cf. Réponse du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire à M. Louis Althapé, J.O Sénat, 18 janv. 1996, Débats, Q, n° 7707, p. 106.

le procureur de la République en vue de déclencher l'action publique (article 43 III, L. 12 avril 1996). Par ailleurs, il est institué un droit de suite étendant le champ du contrôle lorsque les deniers publics ont transité par des organismes relais de droit privé. Enfin, si les contrôles exercés par ces corps d'inspection font apparaître que le concours financier n'a pas reçu l'emploi pour lequel il avait été attribué le ministre compétent ou le représentant légal de l'établissement peut en ordonner la répétition à concurrence des sommes employées à un objet différent de celui prévu (article 43, IV, L. 12 avril 1996).

Ces pouvoirs appartiennent à l'Inspection générale des finances pour l'ensemble des concours attribués aux fondations par l'Etat ou ses établissements publics et à l'Inspection générale de l'Administration pour les concours attribués par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. L'Inspection générale des affaires sociales exerce, quant-à-elle, depuis la loi n° 96-452 du 28 mai 1996¹ portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, des pouvoirs de contrôle sur les organismes intervenant dans les domaines de la sécurité sociale et de la prévoyance sociale, de la protection sanitaire et sociale, du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et bénéficiant de concours financiers publics. Ce contrôle porte « sur le respect des législations ...et l'utilisation des concours ou subventions dont la destination doit demeurer conforme au but pour lequel ils ont été consentis » et comporte, lui-aussi, l'exercice d'un droit de suite auprès des organismes qui ont bénéficié de la collecte de fonds.

Toujours au titre du contrôle administratif, les contrôleurs financiers attachés à chaque ministère peuvent exercer un contrôle financier sur les organismes ayant reçu une subvention d'un montant supérieur à 50 000 Francs (D. 3 sept. 1964).

La réception de fonds publics habilite également la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes à exercer un contrôle sur les fondations (article 38 décret du 11 février 1985). La chambre régionale des comptes assure, au terme de l'article 87 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, la vérification des comptes des établissements (article L. 211-4 du Code des juridictions financières), qui, quel que soit leur statut juridique,

¹ Le contrôle était précédemment exercé par ce corps ministériel dans les fondations bénéficiant de concours sous la forme de prise en charge de leurs prestations par l'assurance maladie ou par l'aide sociale.

reçoivent des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics un concours financier direct ou indirect supérieur à 10 000 Francs. La Cour des comptes retrouve sa compétence lorsque l'établissement relève du contrôle de plusieurs chambres régionales des comptes ou lorsque l'établissement reçoit des concours financiers de l'Etat ou de toute autre personne morale soumise au contrôle de la Cour (article L. 111-8 du Code des juridictions financières). Elle exerce alors son contrôle sur l'ensemble des comptes et de la gestion de l'organisme financier. Toutefois, le contrôle porte uniquement sur le compte d'emploi de la subvention lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée et ne dépasse pas 50 % des ressources totales de l'organisme subventionné (article 38 du décret du 11 février 1985 relatif à la Cour des comptes). A défaut de production du compte d'emploi, la Cour des comptes peut contrôler l'ensemble des comptes ainsi que la gestion, dans sa globalité, de l'organisme (article 38 du décret du 11 février 1985 et article 122, D. 23 août 1995 relatif aux chambres régionales des comptes).

662. L'appel à la générosité publique soumet les organismes s'y prêtant au respect des prescriptions édictées par la loi du 7 août 1991 relative au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique¹. En premier lieu, les organismes désireux de faire appel à la générosité publique doivent effectuer auprès de la préfecture du département de leur siège social une déclaration préalable des appels projetés dans le cadre d'une campagne engagée à l'échelon national, soit sur la voie publique, soit par l'utilisation de moyens de communication² (article 3 de la loi du 7 août 1991 et article 38-1 du décret du 11 février 1985 modifié par le décret du 17 septembre 1992). Cette déclaration préalable ne constitue pas, selon le Conseil constitutionnel, une atteinte à la liberté d'association, car elle ne confère au préfet aucun pouvoir d'appréciation³.

Les ressources collectées dans ce cadre doivent, en second lieu, être constatées par

¹ Sur ces contrôles, cf. P. Grandjeat, Le contrôle des collectes de fonds par la Cour des comptes, *Juris-Associations* 1996, n° 143, p. 19 et s., *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1996, p. 101 et s. ; Y. Laurin, Le contrôle des appels à la générosité publique, *D.* 1992, chr., p. 130 et s.

² Les moyens de communication sont, selon l'alinéa 4 de l'article 3 de la loi du 7 août 1991, les supports de communication audiovisuelle, la presse écrite, les modes d'affichage auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 2 de la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes ainsi que la voie postale et les procédés de télécommunications.

³ Décision 91-299 DC du 2 août 1991, *J.O* 6 août 1991, p. 10473.

l'établissement d'un compte d'emploi annuel précisant l'affectation des dons par type de dépenses. L'arrêté du 30 juillet 1993 apporte des précisions quant à la liste des rubriques devant figurer dans ce compte d'emploi. Ce compte doit être déposé au siège de l'organisme afin d'en autoriser la consultation par tout adhérent ou donateur de cet organisme qui en ferait la demande (article 4 de la loi du 7 août 1991). Un contrôle de la conformité des dépenses engagées aux objectifs poursuivis par l'appel à la générosité publique, dont le résultat sera communiqué aux organes dirigeants de l'organisme et publié, peut être, en outre, réalisé par la Cour des comptes¹. Ce contrôle porte non seulement sur les comptes de l'organisme ayant sollicité la générosité publique mais également depuis l'article 10 de la loi du 24 juin 1996 précitée, sur les comptes de l'ensemble des organismes bénéficiant de fonds collectés lors de ces campagnes (article L. 111-8 du Code des juridictions financières). A l'instar de la Cour des comptes, l'Inspection générale des affaires sociales s'est vue récemment reconnaître le pouvoir de contrôler, dans son domaine d'intervention, le compte d'emploi des fonds recueillis dans le cadre d'une campagne d'appel à la générosité publique et la conformité des dépenses engagées aux objectifs poursuivis lors de cette campagne.

Nul doute que ces dernières dispositions ont eu pour objet d'essayer de restaurer la confiance des donateurs à l'égard des organismes sans but lucratif, laquelle a été mise à l'épreuve par de récents scandales².

663. L'ensemble de ces considérations tend à montrer l'importance quantitative des contrôles pesant sur les fondations. Ces contrôles ont tous pour objet de vérifier le

¹ Le contrôle exercé par la Cour des comptes ne se limite pas au contrôle de la régularité comptable des opérations passées mais comprend également un contrôle de la « conformité » des dépenses qui s'apparente à un contrôle de la gestion : en ce sens, P. Grandjeat, loc. cit., p. 25.

Sur les modalités de ce contrôle, cf. articles 38-5 et s. du décret du 11 février 1985 modifié par le décret du 17 septembre 1992. Ce contrôle débute par la notification de la décision de contrôle et de son contenu au représentant légal de l'organisme concerné, se poursuit par une enquête sur pièces et sur place au sein de l'organisme (enquête qui comporte un droit de communication de toutes pièces et documents utiles au contrôle), par l'élaboration d'un rapport communiqué au président de l'organisme (lequel peut fournir des réponses écrites ou être auditionné), et s'achève par l'adoption définitive des observations par la Cour et par la transmission obligatoire de ces dernières aux organes de l'établissement tenant lieu de Conseil d'administration et d'Assemblée générale, lors de la première réunion qui suit. Le rapport peut être transmis, pour information, aux ministres concernés par les objectifs poursuivis par la générosité publique et aux présidents de la commission des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat.

² Sur les dérives du secteur associatif et les remèdes préconisés, cf. les articles parus in *Juris-Associations* 1996, n° 140, p. 20 et s.

maintien des biens à l'affectation initialement prévue par le fondateur. Pourtant, dans certaines circonstances, le maintien des volontés initiales du fondateur s'avérera impossible.

D- Les limites à l'affectation pérenne : les cas de dissolution ou l'impératif de réalisme.

664. L'érosion du temps atteint, tôt ou tard, l'œuvre créée par le fondateur, soit que la dépréciation monétaire ait réduit à néant ou à peu de choses la dotation initiale, soit que l'objet de fondation ne réponde plus à un besoin social. Sans doute a-t-il été institué, pour parer à l'érosion monétaire, une obligation pour la fondation de consacrer au moins 10 % des revenus annuels à la lutte contre l'érosion monétaire. Il n'en reste pas moins vrai que sur une longue durée, cette mesure apparaît bien dérisoire. Tout aussi partielle est la procédure d'alerte pouvant être engagée par le commissaire aux comptes lorsqu'il constate l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'activité puisqu'elle ne vise que les fondations ayant une activité économique (article 29 al. 1 de la loi du 1^{er} mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994)¹.

En situation de détresse financière ou d'inutilité sociale, la fondation n'a d'autre choix que de s'adapter ou de disparaître. Mais la fondation reconnue d'utilité publique dispose-t-elle des instruments juridiques pour s'adapter ? On pourrait être tenté de répondre immédiatement par l'affirmative en arguant de la loi du 4 juillet 1984. Et, de fait, la doctrine², confortée dans son appréciation par les travaux préparatoires de la

¹ Le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants de la fondation des faits de nature à compromettre l'exploitation. A défaut de réponse sous quinze jours, ou si celle-ci ne lui permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes doit, dans les huit jours, inviter, par écrit, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial de la fondation (conseil ou autre), s'il en existe un, sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes doit être convoqué à cette séance, obligatoirement tenue dans les quinze jours suivant la réception de sa lettre. La délibération de l'organe collégial doit être communiquée, dans les huit jours, au comité d'entreprise ; le commissaire aux comptes en informe, sans délai, le président du tribunal de grande instance. En cas d'inobservation de ces dispositions ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise. Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de grande instance et lui en communique les résultats. On perçoit à la lecture de ces dispositions leur inadéquation à la structure de la fondation qui ne comporte pas d'organe collégial.

² Cf. par ex., C. Witz, loc. cit., n° 12.

loi de 1984, se prononce en faveur de l'applicabilité de la loi de 1984 aux fondations autonomes. Il nous paraît, toutefois, que l'application du dispositif de la loi de 1984 aux fondations est critiquable. Nous nous rappelons, en effet, que ne sont susceptibles d'être révisées que les libéralités grevées de charges ou de conditions (article 900-2 du Code civil). Or, l'acte par lequel le fondateur dote la fondation ne peut s'analyser qu'en une *libéralité pure et simple*, sauf à considérer - analyse que nous avons rejetée¹ - que réaliser son objet statutaire peut être considéré comme la charge de la libéralité constitutive de la dotation initiale adressée à la fondation-personne morale. Si toutefois, la personne morale était tenue, en plus de l'obligation de réaliser son objet statutaire, de ne pas aliéner les biens constitutifs de la dotation initiale, en vertu d'une clause expresse de l'acte de fondation, elle pourrait dans ce cas demander en justice l'aliénation de ces biens.

Hormis cette hypothèse, il n'y a pas lieu de faire application de la loi de 1984 aux fondations autonomes. D'autant plus que le besoin ne peut en être ressenti : les fondations autonomes sont, en effet, dotées par leurs statuts d'instruments solides pour résister aux changements de circonstances rendant la réalisation de l'objet statutaire difficile ou impossible. Ainsi, l'article 13 des statuts-types énonce-t-il que les statuts peuvent être modifiés par deux délibérations du Conseil d'administration adoptées à deux mois d'intervalle et à la majorité des trois quarts des membres en exercice². Ces délibérations du Conseil d'administration ne sont toutefois valables qu'après approbation du gouvernement (article 15 des statuts-types). Par renvoi de l'article 6 du décret du 13 juin 1966 modifié relatif à la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations à l'article 13-1 du décret du 16 août 1901 relatif aux associations, l'approbation des modifications des statuts est accordée par décret en Conseil d'Etat pris sur le rapport du Ministre de l'Intérieur ou par arrêté du Ministre de l'Intérieur si l'arrêté est pris conformément à l'avis du Conseil d'Etat³.

¹ Cf. supra, n° 249.

² Cf. avis n° 317926 du 13 juill. 1976 (cité par M. Pomey, traité préc., p. 415) : « les modifications aux statuts d'une fondation ne peuvent être décidées que dans les conditions, notamment de quorum et majorité qualifiée, prévues par les statuts encore en vigueur ».

³ Selon l'avis n° 317740 du 13 juill. 1976 (cité par M. Pomey, traité préc., p. 415-416), il convient en cas de modification de statuts de : « - profiter de l'occasion pour les mettre le plus en harmonie possible avec les statuts-types en leur dernier état

- récapituler les modifications envisagées en les présentant en parallèle, par exemple sous la forme d'un tableau synoptique, avec les statuts en leur dernier état et les

Lorsque la modification des statuts porte sur le transfert à l'intérieur du territoire français du siège de la fondation, la procédure est simplifiée et un arrêté du ministre de l'Intérieur suffit¹. Dans tous les cas, les nouveaux statuts n'entrent en vigueur qu'à la date de l'approbation administrative.

Moyennant l'obtention de cette approbation gouvernementale, le Conseil d'administration pourrait donc modifier l'objet de la fondation pour l'adapter aux ressources de celle-ci². Mais, si les statuts semblent n'enfermer, dans aucune limite, la faculté du Conseil d'administration de modifier les statuts, il semble que la modification des statuts ne puisse être envisagée qu'à condition d'être indispensable et de « s'inspirer dans toute la mesure du possible des intentions exprimées dans l'acte de donation »³.

665. Si la modification des statuts s'avère, malgré tout, ne pas suffire, la dissolution de la fondation décidée par le Conseil d'administration se présentera comme l'unique dénouement de la situation. Cette décision du Conseil d'administration ne prendra effet qu'avec l'approbation du Conseil d'Etat et ce dernier n'accorde cette autorisation qu'après vérification que la situation de la fondation est totalement et définitivement obérée. L'affaire de la Fondation des Bourses Zellidja en

statuts-types.

- donner, si possible, à un ou deux mandataires les pouvoirs nécessaires à l'effet de consentir devant l'administration, notamment le Conseil d'Etat, les modifications complémentaires de caractère mineur, qui seraient requises pour obtenir, sans retard, les approbations sollicitées ».

¹ Comp. Conseil d'Etat, 5 mai 1986, Fondation Vasarely, Lebon, 455 : le Conseil d'Etat décide que la décision du Ministre de l'Intérieur de ne pas procéder à l'instruction d'une demande d'approbation de la modification des statuts constitue l'acte individuel d'un ministre qui échappe à la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat et relève de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel la fondation a son siège. Sur cet arrêt, voy. également, B. Lasserre, Compétence territoriale et tutelle des fondations, conclusions sous Conseil d'Etat, 5 mai 1986, Revue fr. de droit adm. 1987, 438.

² En ce sens, cf. avis n° 325860 du 4 déc. 1979 (cité par M. Pomey, traité préc., p. 421) selon lequel « l'objet d'une fondation peut, le cas échéant, être modifié, non sans rapport avec l'objet initial ». Dans le même sens, cf. avis n° 318383 du 26 oct. 1976 (cité par M. Pomey, traité préc., p. 416-417) selon lequel « en cas de modifications des statuts d'une fondation, il convient, pour interpréter raisonnablement les intentions de la bienfaitrice (initiale), de combiner la clause des statuts qui prévoit sans réserve cette faculté (de modification, par le conseil de la fondation), avec la nature particulière de la clause des mêmes statuts qui, en définissant l'objet de la fondation, ne fait que reprendre les stipulations de l'acte de dotation initial. Si donc, l'ajustement des buts de la fondation, en fonction de l'évolution tant de (ses) ressources que des besoins (des bénéficiaires) n'est pas interdit, une telle modification ne peut toutefois être envisagée que si elle se révèle indispensable, et à la condition de s'inspirer dans toute la mesure du possible des intentions exprimées dans l'acte de dotation ».

³ Avis n° 318383 du 26 oct. 1976 cité par M. Pomey, traité préc., p. 416.

offre une bonne illustration. Cette dernière qui avait connu de graves difficultés financières à la suite de la nationalisation par l'Etat marocain des mines de Zellidja qu'elle exploitait et qui, de ce fait, sollicitait la dissolution se heurta au refus du Conseil d'Etat pour lequel le Conseil d'administration devait, avant de déclarer forfait, tenter de trouver le moyen de poursuivre les objectifs assumés par la fondation en utilisant les ressources subsistantes. Ce n'est que lorsque ces recherches (qui ont notamment consisté à demander la coopération d'autres fondations) furent en vain effectuées que le Conseil d'Etat consentit à entériner la décision du Conseil d'administration¹.

666. La dissolution de la fondation peut également être la conséquence du retrait par l'autorité administrative de la reconnaissance d'utilité publique. Acte de naissance de la fondation, cette dernière ne saurait survivre à sa disparition. La reconnaissance d'utilité publique est retirée aux fondations reconnues d'utilité publique par un acte pris dans les mêmes formes que celui qui lui donne naissance c'est-à-dire par un décret en Conseil d'Etat². La reconnaissance d'utilité publique, pourtant créatrice de droits, peut être retirée pour tout motif puisque ceux-ci ne sont pas précisés par la loi³. En pratique, le retrait de la reconnaissance d'utilité publique apparaît comme le dernier recours de l'autorité administrative à l'encontre de fondations fonctionnant irrégulièrement. Peut-être est-ce la raison pour laquelle très peu de fondations reconnues d'utilité publique ont été jusqu'ici concernées par la procédure de retrait de la reconnaissance d'utilité publique.

Celle-ci n'est d'ailleurs réglementée par aucun texte. Elle demeure toutefois gouvernée par les principes généraux qui enserment le retrait de décision créatrice de droits. Ainsi, la décision de retrait de la reconnaissance d'utilité publique ne peut

¹ Cette affaire est relatée par A. Lavagne in *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1977, 122. Par l'avis n° 313112 du 3 déc. 1974 (in M. Pomey, traité préc., p. 414), le Conseil d'Etat a d'ailleurs rappelé le principe selon lequel il « n'autorise la dissolution d'une fondation qu'en dernière extrémité, la preuve étant dûment apportée que sa pérennité ne peut plus être assurée conformément aux volontés du fondateur ».

² Ce, en vertu de la règle du parallélisme des formes, règle qui signifie que la reconnaissance d'utilité publique ne peut être retirée que dans les formes où elle a été faite c'est-à-dire par la même autorité et selon la même procédure. Sur la question du retrait d'agrément, cf. Demichel, thèse préc., tome 1, p. 228 et s.

³ Il résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 28 juillet 1995 (req. n° 146878, *Juris data*, n° 049706, *G.P.* 1996, 1, *pan. adm.*, 55) que l'insuffisance des ressources propres de la fondation est un motif de retrait de la reconnaissance d'utilité publique.

intervenir qu'à la suite d'une phase contradictoire¹ et doit être obligatoirement motivée en vertu de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public². Elle peut de plus faire l'objet d'un recours contentieux en annulation porté devant le Conseil d'Etat, lequel n'est autorisé qu'à exercer un contrôle des motifs limité à l'erreur manifeste d'appréciation³.

667. Que la décision de dissolution soit volontaire ou « subie » par la fondation, elle entraîne la dévolution des biens « à un ou plusieurs établissements analogues, publics ou reconnus d'utilité publique ou à un ou plusieurs des établissements visés à l'alinéa 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée » (article 14 des statuts-types)⁴. Ce texte appelle plusieurs remarques : sur la forme, s'est glissée une erreur de rédaction : les établissements de la loi de 1901 sont visés non par l'alinéa 6 de la loi de 1901 mais par l'article 6 alinéa 2 de la loi de 1901⁵ et s'entendent des associations déclarées ayant pour but l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale. Sur le fond, ce texte prend acte du caractère irrévocable de l'affectation qui fait obstacle à ce que les fondateurs ou leurs héritiers récupèrent les biens affectés lors de la dissolution de la fondation reconnue d'utilité publique. Il est la manifestation, une fois de plus, de la séparation définitive qui s'opère entre le fondateur et son œuvre

¹ Cf. Conseil d'Etat, 31 oct. 1952, S. 1952, 3, 115, qui annule le décret par lequel le gouvernement a retiré à titre de sanction la reconnaissance d'utilité publique d'une association au motif que cette dernière n'avait pas été invitée à présenter ses moyens de défense.

² Avant que cette loi n'entre en vigueur, il avait été jugé qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'obligeait le gouvernement à indiquer les motifs de retrait de la reconnaissance d'utilité publique (en ce sens, cf. Conseil d'Etat, 22 déc. 1982, Fondation les Apprentis d'Auteuil, Lebon, 434, G.P. 1983, 2, somm., 298, décision commentée par A. Lavagne in *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1983, 143).

³ Cf. Conseil d'Etat, 28 juill. 1995, req. n° 146878, *Juris data*, n° 049706, G.P. 1996, 1, pan. adm., 55.

⁴ Cf. également, l'avis n° 316571 du 15 janv. 1976 (in M. Pomey, *traité préc.*, p. 414) au terme duquel « en cas de liquidation d'un établissement d'utilité publique, les biens ne peuvent être dévolus qu'à des établissements analogues ».

A la lecture de l'article 14 des statuts-types, on est porté à croire que l'Etat et les collectivités territoriales ne peuvent être désignés comme attributaires des biens. Pourtant, les statuts de la Fondation Orphelinat Genin reconnue d'utilité publique par un décret du 27 juillet 1875 comportaient une clause prévoyant qu'en cas de dissolution, ces biens reviendraient à la ville de Saint-Denis (faits relatés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 déc. 1982 *préc.*).

⁵ Les modèles de statuts proposés aux fondations reconnues d'utilité publique sollicitant l'application de l'article 5 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée c'est-à-dire l'autorisation de recevoir des versements pour le compte d'œuvres ou d'organismes mentionnés à l'article 238 bis 1° du C.G.I ont d'ailleurs rectifié cette erreur.

lors de la création de l'être moral nouveau¹.

668. L'irrévocabilité de l'affectation n'explique pas à quel titre les attributaires des biens de la fondation dissoute peuvent recueillir ses biens. Il a été soutenu, un temps, que l'Etat pourrait les recueillir à titre de biens vacants et non comme successeur². L'article 14 des statuts-types, qui ne désigne pas l'Etat en qualité d'attributaire de bien, paraît démentir cette assertion³. En réalité, la qualité d'attributaire des biens de la fondation dissoute apparaît comme la résultante de la notion d'affectation inhérente aux fondations. L'idée est que l'affectation détermine la personne des attributaires des biens de la fondation dissoute. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'expression « institution à but analogue ». C'est également la raison pour laquelle les établissements visés par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (associations déclarées ayant pour but l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale) n'ont vocation à se voir attribuer que les biens des fondations poursuivant des buts analogues aux leurs. Mais, cela ne résout pas la question de savoir si les attributaires des biens recueillent ces biens affectés des mêmes charges que celles grevant la fondation dissoute. En d'autres termes, l'établissement attributaire peut-il être tenu de respecter les « charges initiales d'affectation » imposées à la fondation dissoute ? Un raisonnement un peu simpliste peut conduire à penser que les charges initiales d'affectation, c'est-à-dire l'objet statutaire de la fondation, seront toujours respectées dès lors que l'attributaire poursuit un but analogue à celui de la fondation dissoute. Mais, ce serait oublier qu'analogie n'est pas identité. De plus, le but ne définit pas à lui seul la fondation. Il faut également tenir compte des *moyens* d'action choisis par le fondateur pour atteindre son but. Ainsi, un fondateur souhaitant développer l'instruction des enfants pauvres peut le faire en créant une école ou en distribuant des bourses à des enfants pauvres. Dans l'hypothèse où la fondation serait appelée à disparaître, l'établissement attributaire serait-il, pour reprendre l'exemple précédent, obligé de poursuivre l'exploitation de l'école ? Une réponse affirmative est à la fois

¹ Pour une autre explication du non-retour aux héritiers des biens de la fondation, cf. Larnaude, Bulletin de la société d'études législatives 1909, séance du 25 mars 1909, Paris, Rousseau, p. 285 et s. et spéc., p. 309. Pour celui-ci, le patrimoine de la fondation est devenu une propriété collective.

² A. Geouffre de Lapradelle, thèse préc., p. 341 ; P. Ravier du Magny, thèse préc., p. 182.

³ En effet, d'une part, les établissements publics communaux ne peuvent pas être considérés comme des services publics étatiques ; d'autre part, les établissements publics étatiques ne peuvent être réduits à des services publics de l'Etat personnalisés.

dangereuse et irréaliste. Elle est dangereuse, car ce sont peut-être les obligations incombant à la fondation dissoute qui l'ont menée à sa perte. De plus, dans certains cas, la continuation de l'œuvre apparaîtra impossible. Ainsi en ira-t-il lorsque le besoin social a disparu : par exemple, les léproseries ont disparu dans les pays développés. Mieux encore, la poursuite des obligations par l'entité attributaire nous paraît contraire à la lettre même des textes. La dévolution des biens se produit en effet après la liquidation (qui sert à recouvrer l'actif pour acquitter les dettes) et ne porte que sur le boni de liquidation, *l'actif net*¹. Elle n'apparaît donc pas comme une transmission universelle de l'actif et du passif de la fondation. Cette opération opère simplement la cession de biens à titre particulier. Il va en résulter que l'attributaire des biens ne les recueille pas à titre de « successeur » de l'œuvre et, par conséquent, qu'il n'est pas tenu de continuer, *de plein droit*, l'œuvre organisée par le fondateur². Il n'est pas exclu, toutefois, que le Conseil d'administration de la fondation dissoute mette à la charge du bénéficiaire l'obligation de poursuivre l'œuvre du fondateur. Mais dans ce cas, l'obligation prendra sa source dans une décision du Conseil d'administration et non dans une obligation légale.

En réalité, si la notion d'affectation est à même de rendre compte de l'opération de dévolution des biens, elle doit s'entendre de manière très libérale. De la construction échafaudée à l'origine par le fondateur ne va subsister au mieux que le but d'intérêt général auquel il a affecté ses biens. Et encore l'œuvre d'intérêt général attributaire des biens peut ne présenter qu'un rapport d'analogie avec le but d'intérêt général original. Ainsi, la destination des biens prise en considération pour la dévolution des biens se distingue de l'affectation originale en ce qu'elle se limite au respect *mesuré* du but original, à l'exclusion des moyens d'action mis en œuvre pour

¹ C'est d'ailleurs l'interprétation retenue en matière de liquidation des associations (X. Meyer, loc. cit., p. 228 et s.). Une précision s'impose à cet endroit : l'actif net de la fondation peut être diminué des masses de biens affectées à une destination particulière par un donateur ou testateur. En effet, ces biens, tout du moins s'ils se retrouvent en nature parmi les biens de la fondation dissoute (l'application de la subrogation réelle par les juridictions n'étant pas acquise), peuvent être récupérés par l'auteur de la libéralité ou ses ayants cause si ces derniers exercent l'action en révocation de la libéralité pour inexécution des charges.

² Cf. cependant, Conseil d'Etat, 22 déc. 1982, Fondation les Apprentis d'Auteuil, Lebon, 434, qui paraît mettre à la charge de l'attributaire des biens de la fondation dissoute l'obligation d'affecter les biens aux buts initialement prévus. Toutefois, à la lecture de cet arrêt il n'est pas possible de deviner si cette obligation découlait ou non des statuts. D'autre part, l'arrêt assortit l'obligation d'affecter d'un bémol important puisque l'attributaire des biens doit respecter l'affectation initiale « dans toute la mesure du possible ».

atteindre ce but.

669. La finalité d'intérêt général détermine tout de même le choix des attributaires des biens de la fondation dissoute. Entre les établissements publics, d'utilité publique ou les associations à statut « privilégié », l'article 14 de statuts-types semble d'ailleurs n'établir aucune hiérarchie quant à la qualité des personnes morales susceptibles d'être désignées. Or, il est, d'abord, pour le moins surprenant que des associations déclarées (même privilégiées par le législateur) puissent être les bénéficiaires du capital d'une fondation dissoute alors même qu'elles ne sont pas soumises au contrôle administratif prégnant des établissements d'utilité publique.

Ces modalités de dévolution peuvent être, ensuite, jugées anormales, car elles aboutissent à transférer des biens privés à une personne publique, en l'occurrence un établissement public. C'est d'autant plus surprenant qu'en l'absence de précision textuelle, il pourrait s'agir d'établissements publics industriels et commerciaux. Pareilles modalités sont en fait imposées par le trop faible nombre de fondations d'utilité publique et plus généralement, d'établissements d'utilité publique¹. Il n'empêche que les biens devraient être attribués préférentiellement à un établissement d'utilité publique, les établissements publics ne recueillant les biens qu'à défaut d'établissements privés à vocation analogue à celle de la fondation dissoute². Le fait que les établissements publics industriels et commerciaux gèrent dans des conditions analogues aux entreprises de droit privé des services publics à caractère commercial ne peut que conforter cette opinion.

670. La mission de liquidation des biens de la fondation dissoute incombe à « un ou plusieurs commissaires » nommés par le Conseil d'administration (article 14 des statuts-types) ; ces personnes, dont les compétences³ et la responsabilité ne sont pas établies, malgré l'importance du rôle qui leur est dévolu, doivent acquitter le passif puisque seul l'actif net pourra être attribué aux établissements attributaires des biens de la fondation dissoute. Il semble que la désignation des commissaires chargés de la

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 116.

² Ibid.

³ En particulier, il est permis de se demander si le choix des établissements attributaires des biens appartient au Conseil d'administration ou au commissaire chargé de la liquidation des biens (en faveur du commissaire chargé de la liquidation, voy. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 115-116).

liquidation par le Conseil d'administration soit subordonnée à une autorisation préalable de l'autorité de tutelle (article 14 des statuts-types). Il en est de même du choix des établissements bénéficiaires qui est en principe opéré par le fondateur dans les statuts. Ce n'est, en effet, qu'à défaut de dispositions statutaires de ce type que le Conseil d'administration recouvre sa liberté de choix¹.

L'autorité de tutelle voit son pouvoir s'étendre, en cas d'inertie du Conseil d'administration dans la détermination des modalités de liquidation. Elle supplée en effet la carence du Conseil d'administration par un décret désignant un commissaire chargé à la liquidation. Il est alors prévu que les détenteurs de fonds, titres et archives appartenant à la fondation, s'en dessaisissent valablement entre les mains du commissaire désigné par ce décret (article 14 des statuts-types).

La fiction de la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation n'a pas été transposée aux fondations². Il n'y a pas là motif d'étonnement dans la mesure où la dissolution de la fondation n'entraîne pas de plein droit la disparition de la personnalité morale. Ainsi, lorsque la décision de dissolution émane du Conseil d'administration, elle ne devient effective qu'à la date d'entrée en vigueur de la décision administrative³ approuvant la dissolution de la fondation et la dévolution de l'actif net de la fondation dissoute⁴. De ce fait, à la date de la dissolution de la fondation, la liquidation des biens a déjà été effectuée. On peut penser qu'il en est de même lorsque la dissolution résulte du retrait de la reconnaissance d'utilité publique de la fondation. Procédant par économie de moyens, le décret en Conseil d'Etat

¹ Voy. Conseil d'Etat, 22 déc. 1982, Fondation les Apprentis d'Auteuil, Lebon, 434. Le Conseil d'Etat a estimé que le gouvernement ne peut approuver la délibération du Conseil d'administration d'une fondation tendant à attribuer ses biens à un établissement qui n'était pas celui désigné par les statuts. Il a été également jugé dans cette affaire que seul le texte des statuts notifié à la Fondation et non celui qui avait été publié lui était opposable.

² Cette fiction avait d'ailleurs étendue aux associations (cf. par ex., Civ. 3^{ème}, 4 oct. 1995, J.C.P. 1995, IV, 2415). Rappelons que cette fiction permet d'assurer la protection des différents intéressés (associés, créanciers sociaux et entreprise) (en ce sens, A-M Leroyer, thèse préc., n° 271). Sur l'utilité de la consécration du patrimoine d'affectation comme mécanisme de substitution à la fiction de la survie de la personne morale, cf. A-M Leroyer, thèse préc., n° 453.

³ L'approbation de dissolution résulte d'un arrêté du ministre de l'Intérieur pris sur avis conforme du Conseil d'Etat ou, en cas d'avis non conforme, d'un décret en Conseil d'Etat pris sur rapport du ministre de l'Intérieur (article 6 du décret du 13 juin 1966 qui renvoie à l'article 13-1 alinéa 1 du décret du 16 août 1901).

⁴ En ce sens, cf. avis n° 314256 du 18 mars 1975 in M. Pomey, traité préc., p. 414 selon lequel « en cas de dissolution d'une fondation, il convient d'autoriser simultanément la dévolution des biens par celle-ci, et leur acceptation par l'organisme attributaire ».

opérant retrait de la reconnaissance d'utilité publique autorise dans le même temps la dévolution de l'actif net de la fondation dissoute à l'établissement attributaire.

671. La liquidation de la fondation reconnue d'utilité publique peut également être décidée par l'autorité judiciaire à la suite de l'introduction d'une procédure de redressement et de liquidation judiciaire¹. En effet, cette procédure a été étendue par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire à toutes les personnes morales de droit privé qui sont en état de cessation des paiements, peu important qu'elles exercent ou non une activité économique. Il est vrai que le recours à la liquidation judiciaire a été discutée² en tant qu'il serait contraire à l'inaliénabilité des biens qui composent la dotation. Toutefois, nous savons que l'inaliénabilité des biens composant la dotation n'est que relative, puisque susceptible, moyennant autorisation de l'autorité de tutelle, d'être levée. Au titre de la révision des conditions et charges apposées aux libéralités, il est également permis au juge d'autoriser l'aliénation des biens, objet de la libéralité, en ordonnant que le prix en soit employé à des fins en rapport avec la volonté du fondateur. Ces dispositions témoignant de la relativité de l'inaliénabilité sont confortées par la finalité de la dotation. Cette dernière étant conçue pour permettre à la fondation de faire face à ses obligations, la dotation devrait être affectée en priorité aux créanciers de la fondation.

Le prononcé de la liquidation judiciaire de la fondation peut intervenir dès le prononcé du jugement d'ouverture, sans période d'observation, lorsque la fondation n'exerce pas d'activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible (article 1 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 issu de la loi du 10 juin 1994). La liquidation judiciaire apparaîtra d'ailleurs souvent comme la seule issue concevable dans la mesure où la cession d'entreprise ou d'unité de production suppose l'existence d'une entreprise³.

672. La disparition d'une fondation reconnue d'utilité publique, quoiqu'inévitable à long terme, est relativement rare. Les fondations reconnues d'utilité publique ont

¹ La procédure de redressement judiciaire pourrait d'ailleurs être introduite par l'autorité administrative de tutelle : en ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 115.

² Voy. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 114.

³ Cf. dans le sens de la difficile transposition du droit de la faillite aux personnes morales n'exerçant pas d'activité économique, D. Randoux, Vers un droit commun des groupements, J.C.P. 1996, I, 3982, n° 5 ; A. Martin-Serf, Faillite et personnes morales, Aspects actuels du Droit commercial, Mélanges R. Roblot, L.G.D. J. 1984, p. 449 et s. et spéc., n° 17 et s.

toujours fait preuve d'une grande vitalité et présentent surtout de fortes garanties de sérieux. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur les incite à s'engager dans une mission annexe, celle de servir de pôle de mécénat.

Paragraphe II- Les fondations reconnues d'utilité publique au service d'autres formes de mécénat : le rôle de pôle de mécénat.

673. Les fondations reconnues d'utilité publique assument, depuis la loi du 23 juillet 1987, un rôle particulièrement important dans le développement du mécénat. Elles peuvent ouvrir et gérer des comptes d'associations déclarées (A), accueillir des fondations non personnalisées (B), voire chapeauter un secteur du mécénat (C).

A- Vocation des fondations reconnues d'utilité publique à ouvrir et gérer des comptes d'associations.

674. A la vérité, l'aptitude à ouvrir et à gérer des comptes d'associations instituée par l'article 5 de la loi du 23 juillet 1987 n'est pas réservée aux seules fondations reconnues d'utilité publique ; l'ensemble des établissements d'utilité publique peuvent revendiquer le même privilège. L'obtention de ce « privilège » est accordée, par décret en Conseil d'Etat, après vérification de la gestion et de l'indépendance de la fondation reconnue d'utilité publique hébergeante. La faveur ainsi accordée ne peut toutefois l'être que dans la mesure de la compatibilité entre la spécialité des œuvres et organismes hébergés et celle de la fondation reconnue d'utilité publique hébergeante.

L'intérêt pour les organismes d'être hébergé par ces fondations reconnues d'utilité publique tient d'abord à l'avantage fiscal dont la fondation reconnue d'utilité publique peut faire profiter les bienfaiteurs de l'établissement abrité. Il est également de faire rejaillir sur l'établissement hébergé le label-qualité de l'organisme agréé.

675. Pour les pouvoirs publics, le but avoué de cette mesure est de favoriser « une certaine restructuration du tissu associatif concourant au développement du mécénat, autour de quelques grandes fondations reconnues d'utilité publique présentant les meilleures garanties, et dont la vocation pourrait être sectorielle ou régionale, à

l'instar de trusts britanniques »¹. La parcimonie avec laquelle l'habilitation est accordée témoigne là-encore de la volonté des pouvoirs publics de restructurer et de hiérarchiser le secteur associatif avec au sommet la fondation reconnue d'utilité publique.

676. Le procédé mis en œuvre par le législateur de 1987 développe la pratique de la Fondation de France. En 1987, la Fondation de France comptait déjà 400 comptes d'association et exerçait sur elles, un contrôle poussé puisqu'elle ne consentait à leur ouvrir un compte qu'après un examen précis de l'activité de celles-ci. Le même souci de sérieux inspire les modèles de statuts édictés par le Ministère de l'Intérieur à l'intention des fondations reconnues d'utilité publique candidates à l'application de l'article 5 de la loi du 23 juillet 1987. Il est, en effet, précisé à l'article 8 des statuts-types que l'organisme hébergé doit faire parvenir ses comptes et rapports moraux et financiers aux fins de justifier l'emploi des fonds reçus à la fondation reconnue d'utilité publique hébergeante. L'inobservation de cette obligation est sévèrement sanctionnée puisqu'elle peut conduire le Conseil d'administration de la fondation hébergeante à décider par une délibération motivée et après avoir entendu l'établissement, de retirer l'agrément. De la même manière, le Conseil d'administration de la fondation hébergeante approuve chaque année un rapport spécial contenant des informations sur l'organisation et le fonctionnement des comptes des œuvres ou organismes agréés, les rapports adressés par l'organisme hébergé et la situation des comptes nouvellement ouverts et des comptes liquidés (article 9 des statuts-types). A l'instar des autres documents comptables de la fondation reconnue d'utilité publique, ce rapport spécial est adressé chaque année au ministre de l'intérieur et au Préfet du département et peut être consulté auprès du préfet par tout intéressé. La fondation hébergeante est astreinte, pour sa part, à l'obligation de tenir des comptes annuels et à la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes sous peine de se voir retirer l'autorisation par décret en Conseil d'Etat.

Il ne semble pas que ces obligations aient été étendues aux fondations reconnues publiques habilitées par leurs statuts approuvés par décret à héberger des fondations

¹ Avis n° 237 présenté au nom de la commission des affaires culturelles par M. Miroudot préc., p. 33 ; cf. également, Rapport Tremège préc., p. 44.

non autonomes.

B- Vocation des fondations reconnues d'utilité publique à héberger des fondations non personnalisées.

677. Seul l'hébergement au sein de fondations reconnues d'utilité publique habilitées autorise l'œuvre d'intérêt général à porter la dénomination de fondation. Il n'emporte pourtant aucune exigence quant à l'organisation et au fonctionnement de la fondation hébergeante. En fait, l'octroi de l'habilitation résulte d'une appréciation au cas par cas du Gouvernement et du Conseil d'Etat qui se déterminent notamment en fonction de la spécialité, de l'expérience, de la solidité financière et de la capacité de gestion de la fondation hébergeante¹. L'étude de la pratique révèle qu'à cette heure, cinq fondations seulement ont obtenu l'habilitation pour abriter des masses de biens portant la dénomination de fondation². A quoi il faut ajouter que la nouvelle Fondation du patrimoine paraît avoir été dispensée par le législateur de la nécessité d'obtenir l'habilitation gouvernementale. C'est en tout cas ce que l'article 9 de la loi du 2 juillet 1996, au terme duquel l'affectation de biens, droits et ressources gérés par la Fondation du patrimoine peut être dénommée « fondation », semble sous-entendre.

678. De par leur vocation à héberger des fondations non autonomes, les fondations reconnues d'utilité publique font figure de structures-reines des fondations. Et parmi elles, la Fondation de France est assurément la mieux placée. Il serait, en effet, irréaliste de penser que la perte de son « monopole de fait » sonne le glas de cette institution en ce qui concerne la gestion des fondations non autonomes. Sans doute ne bénéficie-t-elle d'aucun privilège, fiscal³ ou autre, particulier⁴, mais son expérience, la renommée de ses fondateurs et sa spécialité lui confèrent une primauté évidente dans la gestion de fondations. Peut-être la Fondation du patrimoine nouvellement créée pourrait-elle lui faire ombrage par les prérogatives de puissance publique

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 131.

² En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., p. 131.

³ Il est à noter que jusqu'en 1982, les libéralités adressées à la Fondation de France faisaient bénéficier leurs auteurs d'un taux de déductibilité fiscale privilégié.

⁴ A l'exception toutefois du bénéfice du solde positif des comptes des associations électorales et des mandataires financiers des candidats, qui lui est conféré par l'article 1 de la loi organique du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle de ses députés (J.O Lois et décrets, 11 mai 1990, p. 5615).

qu'elle détient mais cette ombre ne pourrait tout au plus porter que sur le domaine que la nouvelle fondation a vocation à couvrir.

C- Vocation de la fondation reconnue d'utilité publique à chapeauter un secteur du mécénat : l'exemple de la Fondation du patrimoine.

679. La création par la loi du 2 juillet 1996 de la Fondation du patrimoine¹ témoigne de la prise de conscience par les pouvoirs publics de la nécessité d'allier les personnes privées à la protection du patrimoine culturel². Ainsi, la Fondation du patrimoine s'est vue confiée la mission « de promouvoir la connaissance, la conservation et la mise en valeur du patrimoine national » et de s'attacher « à l'identification, à la préservation et à la mise en valeur du patrimoine non protégé » (article 2 de la loi du 2 juillet 1996). Elle apparaît tout à la fois comme l'initiatrice de projets et l'aide à la mise en place de projets initiés par des personnes privées ou des personnes morales de droit public et tendant à l'acquisition, l'entretien, la gestion ou la présentation au public des monuments.

680. Elle dispose, pour la réalisation de ses objectifs, de prérogatives de puissance publique³. Elle peut ainsi solliciter de l'autorité compétente de l'Etat que soit engagée, à son bénéfice et à sa charge, la procédure de préemption en vente publique des œuvres d'art, conformément aux articles 37 et 38 de la loi du 31 décembre 1921. Les monuments historiques et les sites peuvent également être soumis à la demande de la Fondation du patrimoine, à son bénéfice et à sa charge, à la procédure d'expropriation organisée par l'article 6 de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et par les dispositions de la loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque (article 8, loi du 2 juillet 1996). La Fondation du patrimoine devient alors propriétaire du bien préempté ou

¹ Sur la Fondation du patrimoine, cf. D. Desurville, La Fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale, Actualité juridique de propriété immobilière 1997, p. 1044 et s. ; la Fondation du patrimoine, une institution dotée de pouvoirs exorbitants, Revue des huissiers de justice 1997, p. 1329 et s.

² En ce sens, M. Drapier, Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la « Fondation du patrimoine », une institution à l'équilibre incertain, D. 1997, chr., p. 212 et s. et spéc., p. 214.

³ M^{me} Drapier dans son article (loc. cit., p. 237) qualifie ces prérogatives de « moyens ambigus »

exproprié dont elle doit assumer l'entretien et la restauration. La Fondation du patrimoine n'a cependant pas vocation à conserver perpétuellement dans son patrimoine les biens qu'elle a acquis de cette manière¹. Aussi peut-elle céder de gré à gré le bien à des personnes publiques ou privées dans les conditions prévues à l'article 9-2 de la loi du 31 décembre 1913 (article 8, Loi du 2 juillet 1996).

La Fondation du patrimoine peut également accorder un label au patrimoine non protégé et aux sites², préalable possible à l'octroi d'un avantage fiscal (article 2, loi du 2 juillet 1996)³.

681. En raison de ses prérogatives de puissance publique et de ses attributions, la Fondation du patrimoine apparaît comme « un intermédiaire obligé » des personnes privées et des collectivités publiques dans le développement d'actions de défense du patrimoine.

682. En cela elle se présente comme une fondation reconnue d'utilité publique un peu particulière. La fondation reconnue d'utilité publique est en effet plus couramment conçue comme la structure de pérennisation d'une œuvre d'intérêt général voire un pôle de mécénat.

Se superposant à ce modèle traditionnel de fondation, la fondation d'entreprise constitue une figure nouvelle de l'édifice des fondations. La nouveauté tient aussi à ses modalités de fonctionnement.

tendant à accréditer l'idée que la fondation du patrimoine est un organisme parapublic.

¹ M. Desurville (La Fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale, loc. cit., p. 1046) remarque que le législateur n'a pas prévu de délai au terme duquel le bien devra être cédé. On est néanmoins bien proche du mécanisme fiduciaire (gestion temporaire de biens suivie à terme de transmission) : en ce sens, D. Desurville, ibid., p. 1046.

² Ce label « sanctionne la reconnaissance à l'échelon national, de l'intérêt historique, artistique, naturel ou ethnologique particulier de l'édifice ou du site, justifiant qu'il soit conservé et mis en valeur comme élément du patrimoine national » (D. Desurville, La Fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale, loc. cit., p. 1048).

³ Il s'agit en fait de l'agrément prévu à l'article 156 II 1° ter qui permet aux propriétaires de déduire de leur revenu imposable les charges foncières afférentes aux immeubles agréés.

CHAPITRE II- REGLES DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DES FONDATIONS D'ENTREPRISE.

683. Les raisons qui ont motivé le législateur à créer la nouvelle forme de fondations qu'est la fondation d'entreprise ont, pour la plupart, déjà été présentées : les fondations représentent pour les entreprises un instrument de communication fort apprécié et ni les fondations reconnues d'utilité publique ni les fondations non autonomes ne possèdent suffisamment d'atouts pour satisfaire aux besoins des entreprises.

La lourdeur de constitution des fondations reconnues d'utilité publique les rend en effet peu attrayantes. Mieux encore, c'est la perpétuité de l'engagement mécénal qui rebute le plus les entreprises. En effet, la politique de communication des entreprises, parce que dépendante des besoins ressentis par l'opinion publique comme essentiels, s'inscrit nécessairement dans le court terme.

La maîtrise par les entreprises des actions à mener se révèle également primordiale à la réalisation de l'objectif « publicitaire » des entreprises. La gestion des fondations non autonomes par des personnes autres que les fondateurs éloigne les entreprises des pôles de décision et ne favorise évidemment pas leur stratégie de communication. Aussi, la fondation d'entreprise, en tant que son organisation reste sous la maîtrise des fondateurs, comble-t-elle les espérances des entreprises. C'est ce que la présentation du dispositif institué par la loi du 4 juillet 1990 permettra de vérifier (Section I). Pourtant, elle n'a pas reçu l'accueil escompté par ses promoteurs (Section II).

SECTION I- PRESENTATION DU DISPOSITIF INSTITUTE PAR LA LOI DU 4 JUILLET 1990.

684. Si le dispositif institué par la loi du 4 juillet 1990 révèle d'importantes concessions octroyées aux entreprises mécènes (paragraphe I), celles-ci s'accompagnent de contreparties (paragraphe II).

Paragraphe I- Les concessions faites aux entreprises mécènes.

685. Le régime financier de la fondation d'entreprise (A) comme la mainmise des entreprises sur leur fondation d'entreprise (B) sont autant de concessions faites aux entreprises mécènes.

A- Le financement « sur mesure » de la fondation d'entreprise.

686. Les ressources de la fondation d'entreprise proviennent principalement des versements effectués par le fondateur dans le cadre du programme d'action pluriannuel. Leur montant et leurs modalités de versement ont déjà été étudiés¹. Ainsi, il a pu être observé que l'engagement financier pris par les entreprises fondatrices dans le cadre du programme d'action pluriannuel convient bien mieux à la trésorerie des entreprises que le versement d'une dotation en capital. Les sommes promises au titre du programme d'action pluriannuel sont d'ailleurs versées selon un calendrier établi par les entreprises fondatrices dans leurs statuts, dans la limite de cinq ans. L'acquittement par les entreprises fondatrices de leur engagement financier est de plus garanti par l'interdiction pour ces dernières de se retirer si elles n'ont pas auparavant intégralement payé les sommes dont elles sont redevables. Le terme retrait est sans doute malheureux, car il convient davantage à un groupement de personnes qu'à un groupement de biens. Le retrait des fondateurs devrait être dans un groupement de biens indifférent à la poursuite d'une finalité d'intérêt général. La prise en considération du réel oblige toutefois à envisager l'éventualité de la disparition de l'une voire de la totalité des entreprises fondatrices, du fait de sa

¹ Cf. supra, n° 341 et s.

liquidation judiciaire par exemple. En pareille situation, il est permis de se demander si l'entreprise sera tenue de verser à la fondation d'entreprise les sommes dont elle est redevable¹. Il est fort à parier que la fondation d'entreprise préférera mettre en œuvre le cautionnement bancaire.

Le versement des sommes correspondant au programme d'action pluriannuel est, en effet, garanti par un cautionnement bancaire exigé pour chaque membre fondateur. Les statuts organisent même parfois la mise en œuvre du cautionnement de manière à ce que ce dernier offre toute sécurité. Ainsi, à défaut de versement par la fondation d'entreprise dans le mois suivant la date prévue et après qu'une mise en demeure de payer dans un délai fixé soit restée vaine, la banque avertie par la fondation d'entreprise devra verser la somme correspondante à la première demande du bénéficiaire².

687. Les versements correspondant au programme d'action pluriannuel peuvent être complétés par des ressources extérieures constituées par les revenus de la dotation initiale, les subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics ou les produits des rétributions pour services rendus (article 19-8 de la loi du 23 juillet 1987 issu de la loi du 4 juillet 1990).

Ces ressources, si elles peuvent constituer un appoint non négligeable pour la fondation d'entreprise, n'en présentent pas moins un caractère aléatoire. Ce qui explique la tentation des fondations d'entreprise de recourir à l'emprunt pour résoudre leur difficultés de trésorerie. La décision d'emprunter est alors arrêtée par le Conseil d'administration sans qu'une autorisation administrative ne soit nécessaire. C'est là une différence notable avec le régime de la fondation reconnue d'utilité publique.

688. L'énumération des ressources autorisées donnée par l'article 19-8, quoique non limitative (puisque n'incluant pas les emprunts permis par l'article 19-5), ne semble pas ouvrir de nombreuses alternatives au financement de la fondation

¹ C'est la question que pose M. Gobin dans son article intitulé : La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique, seconde ébauche du statut des fondations en France, loc. cit., n° 16. L'auteur de l'article s'interroge également sur l'ordre des priorités vis à vis des dettes fiscales ou sociales. S'agissant de la liquidation judiciaire des fondations d'entreprise, la difficulté avait été perçue lors de la discussion parlementaire sur les fondations d'entreprise par M. François d'Aubert (séance de l'Assemblée nationale du 28 mai 1990, J.O 1990, Débats, p. 1698) et il y avait été répondu que le droit commun s'appliquerait à cette situation.

² Cf. par ex. les statuts de la fondation d'entreprise Gaz de France, U.A.P ou Excellence SMA.

d'entreprise. Ainsi, la fondation d'entreprise se voit interdire de faire appel à la générosité publique et de recevoir des dons et legs sous peine de se voir retirer l'autorisation administrative (article 19-8, loi du 23 juillet 1987). Ne sont toutefois pas assimilés à des libéralités interdites par la loi les versements des fondateurs postérieurs à la constitution de la fondation d'entreprise et par lesquels les entreprises fondatrices souhaiteraient augmenter leur programme d'action pluriannuel. Cependant, l'augmentation de leur engagement par les entreprises ou plus simplement la modification du calendrier de versement des sommes promises sont subordonnées à une modification préalable des statuts devant être autorisée par le Préfet¹.

Il ne semble pas que la fondation d'entreprise puisse se financer par d'autres biais et qu'en particulier, elle ait le droit d'exercer une activité économique. Sans doute peut-elle bénéficier des produits des rétributions pour services rendus² mais il ne s'agit là que des ressources issues d'actes payants réalisés à titre accessoire.

Si toutefois, elle se voyait reconnaître la faculté d'exercer une activité économique, la fondation d'entreprise serait, à l'instar de la fondation reconnue d'utilité publique, passible des impôts commerciaux (taxe sur la valeur ajoutée, impôt sur les sociétés, taxe professionnelle) sous réserve des exonérations applicables aux organismes sans but lucratif³. C'est qu'en vérité, le régime fiscal des fondations d'entreprise ne diffère pas profondément de celui des fondations reconnues d'utilité publique. Les fondations d'entreprise ne bénéficient certes pas de l'abattement de 100 000 F sur l'impôt exigible au titre des revenus patrimoniaux, ni ne peuvent imputer sur l'impôt sur les sociétés au taux réduit l'avoir fiscal attaché aux dividendes provenant d'actions de sociétés françaises⁴ mais pour le reste, le régime fiscal des fondations d'entreprise est, tout comme celui des fondations reconnues d'utilité publique, celui de tous les organismes

¹ Pour confirmation, cf. par ex., les statuts de la fondation d'entreprise RATP pour la citoyenneté ou de la fondation Saint-Louis pour la recherche sur les maladies du sang.

² Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 4 juillet 1990 (Rapport n° 213 de P. Laffitte au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, op. cit., p. 55-56) que la notion de rétribution pour services rendus recouvre les recettes pour activités accessoires et la facturation des prestations de service, les premières se distinguant des secondes en ce que l'activité est exercée par une personne morale dont la gestion est désintéressée.

³ En ce sens, cf. Instruction fiscale du 23 juin 1992 (B.O.I 4 C-3-92, n° 18).

⁴ On a pu juger que l'exclusion de la fondation d'entreprise du bénéfice de cet abattement était regrettable eu égard à la similitude entre la dotation initiale de la fondation reconnue d'utilité publique et celle de la fondation d'entreprise (E. Baron et X. Delsol, op. cit., n° 2566 et s.). Les tenants de cette opinion reconnaissent toutefois que la question ne présente qu'un intérêt pratique limité en raison notamment du contenu et du montant réduit de la dotation initiale de la fondation d'entreprise.

sans but lucratif. Ainsi, comme tous les organismes sans but lucratif, les fondations d'entreprise bénéficient de l'impôt sur les sociétés au taux réduit institué par les articles 206-5 et 219 bis du C.G.I. Mais dans la mesure où les fondations d'entreprise ne peuvent posséder d'immeubles de rapport, elles ne percevront que des revenus mobiliers¹.

689. La mise en place d'un régime financier adapté à la trésorerie des entreprises ne peut à elle-seule satisfaire aux besoins du mécénat d'entreprise. La stratégie de communication des entreprises passe nécessairement par le contrôle des entreprises sur leur fondation d'entreprise. Et de fait, la personne morale-fondation d'entreprise est caractérisée par la mainmise des entreprises fondatrices sur elle.

B- La mainmise des entreprises sur leur fondation d'entreprise.

690. L'organisation de la fondation d'entreprise témoigne de la maîtrise assurée par les entreprises fondatrices (a). Il est d'autres indicateurs tout aussi probants, tels le fonctionnement de l'organe de décision de la fondation d'entreprise (b) ou les mesures de contrôle exercées par l'autorité de tutelle (c). Mais la programmation par les entreprises de la durée de la vie de leurs fondations est sans doute l'indice le plus frappant (d).

a- L'organisation de la fondation d'entreprise.

691. La fondation d'entreprise se distingue de la fondation reconnue d'utilité publique par la liberté reconnue aux fondateurs dans l'organisation interne de la nouvelle personne morale.

692. Dans la composition du Conseil d'administration de la fondation d'entreprise, les entreprises fondatrices n'ont d'autre contrainte numérique que celle du respect des proportions entre les différentes catégories de membres du Conseil d'administration. A l'instar de la fondation reconnue d'utilité publique, le Conseil d'administration de la fondation d'entreprise connaît une structure tripartite. Il comprend, pour les deux tiers au plus, les fondateurs ou leurs représentants et les représentants du personnel et pour

¹ C'est sans doute cette particularité qui a pu faire dire que le régime fiscal des fondations reconnues d'utilité publique ressemble davantage à celui des associations reconnues d'utilité publique puisque elles non plus ne peuvent posséder des immeubles de rapport.

un tiers, les personnalités qualifiées dans les domaines d'intervention de la fondation d'entreprise. La composition du Conseil d'administration frappe par l'absence en son sein de représentants de l'intérêt général. La présence de représentants du personnel au Conseil d'administration ne s'est d'ailleurs imposée qu'à la suite d'une proposition des groupes communiste et apparentés. A l'origine, seules les personnalités qualifiées dans le domaine d'intervention de la fondation d'entreprise devaient siéger aux côtés des représentants des fondateurs.

693. Le choix du nombre de membres composant le Conseil d'administration, les conditions de nomination et de renouvellement des administrateurs ainsi que la durée de leurs fonctions sont laissés aux fondateurs et exprimés dans les statuts. Et de fait, les entreprises fondatrices ont largement utilisé cette liberté. De douze membres pour la fondation d'entreprise « Banques CIC pour le livre », la fondation d'entreprise « Excellence SMA » ou la fondation d'entreprise « France TELECOM », à vingt quatre membres pour la fondation d'entreprise du Groupe Air France, la composition du Conseil d'administration est, on le voit, très variable. Le nombre de fondateurs influe évidemment sur le nombre total de membres du Conseil d'administration¹.

Par exception à la liberté d'organisation concédée aux entreprises fondatrices, la désignation des premières personnalités qualifiées par les fondateurs ou leurs représentants doit intervenir lors de la première réunion constitutive du Conseil d'administration (article 19-4 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée). Encore ne s'agit-il là que d'une entorse limitée à la liberté des fondateurs qui s'explique par la volonté de rendre le Conseil d'administration opérationnel dès l'autorisation de la fondation d'entreprise.

La participation de chaque entreprise fondatrice au Conseil d'administration n'est pas requise par la loi ; pas plus que n'est exigée la représentation égalitaire ou proportionnelle au montant de l'engagement financier de chaque entreprise fondatrice¹. Si les représentants des fondateurs peuvent être indifféremment des mandataires sociaux ou des salariés de la société fondatrice, la cohérence de la stratégie de communication de l'entreprise fondatrice impose qu'un dirigeant de l'entreprise fondatrice ou au moins un responsable de la communication siège au

¹ Par souci de simplicité, les praticiens recommandent de choisir un nombre total de membres qui soit un multiple de trois (Vade mecum UDA).

Conseil d'administration de la fondation d'entreprise. Ainsi, les Conseils d'administration des fondations d'entreprise du Groupe Air France et du Crédit national comprennent parmi leurs membres le Président de l'établissement fondateur. Le même impératif de cohérence devrait également conduire à ne désigner les représentants des fondateurs qu'en qualité et non *intuitus personae* de manière à ce que le membre du Conseil d'administration (directeur commercial ou président de la société fondatrice) soit le titulaire en poste des sociétés fondatrices. Cette sage précaution permettra, par exemple, d'adapter la composition du Conseil d'administration de la fondation aux éventuels changements de majorité survenant au sein des sociétés de capitaux fondatrices².

Il s'avère également que la prescription des modalités de désignation des représentants du personnel est érigée par l'autorité administrative en condition d'obtention de l'autorisation administrative de création de la fondation d'entreprise mais dans le même temps, il n'est nulle part fait mention des critères de représentativité des représentants du personnel. Devrait-on exiger une élection au sein de l'entreprise ou pourrait-on se contenter de la présence de représentants des institutions du personnel ? Les formules adoptées par les fondations d'entreprise font preuve d'une grande diversité. Ainsi, au sein de la fondation d'entreprise Gaz de France, les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales représentatives de l'établissement, en considération de leur compétence ou de leur intérêt dans le domaine d'activité de la fondation d'entreprise. La fondation d'entreprise « Gan pour le cinéma » préfère à cette formule la désignation de représentants du personnel par le comité central d'entreprise³. Les statuts de certaines fondations d'entreprise accordent parfois moins de latitude aux institutions représentatives du personnel. Ainsi, les représentants du personnel de la fondation

¹ En ce sens, G. Lamarque, *loc. cit.*, n° 116, p. 11.

² Les statuts de la fondation d'entreprise du groupe Air France énoncent ainsi que les représentants des entreprises fondatrices sont remplacés lorsqu'ils perdent la qualité en raison de laquelle ils ont été désignés.

Il n'est pas exclu qu'un administrateur ayant perdu la qualité de représentant des fondateurs puisse être coopté en qualité de personnalité qualifiée (en ce sens, M-H Maleville, *Jurisclasser Sociétés*, *loc. cit.*, n° 61).

³ Certaines fondations d'entreprise ont choisi de désigner plus précisément le secrétaire général voire le trésorier du comité d'entreprise (cf. par ex. la fondation d'entreprise du Groupe Air France ou la fondation d'entreprise MontBlanc de la Culture).

d'entreprise Saint Louis pour la recherche sur les maladies du sang sont-ils désignés par les administrateurs représentant les fondateurs parmi les membres du comité d'entreprise ou les délégués du personnel des sociétés fondatrices. Dans le même ordre d'idées, les représentants du personnel de la fondation d'entreprise France télécom sont choisis *en concertation* avec les organisations syndicales les plus représentatives.

Les personnalités qualifiées dans le domaine d'intervention de la fondation, dernière catégorie d'administrateurs, peuvent être des praticiens actifs dans le domaine d'activité de la fondation ou des « représentants du droit ou de l'économie des fondations ou du mécénat »¹.

694. La composition tripartite du Conseil d'administration ne parvient tout de même pas à dissimuler la prédominance des représentants des fondateurs. Outre le fait que les personnalités qualifiées sont désignées par les seuls fondateurs - contrairement au modèle de la fondation reconnue d'utilité publique dans lequel les représentants du fondateur s'associent aux représentants de l'intérêt général pour choisir les personnalités qualifiées -, nul rapport de proportionnalité entre le nombre de représentants du personnel et celui des représentants des entreprises fondatrices n'est prescrit. Ainsi, la participation d'un seul représentant du personnel au Conseil d'administration pourrait suffire.

695. Quel que soit le collège auquel ils appartiennent, les administrateurs sont généralement nommés pour la durée minimale d'existence de la fondation d'entreprise, soit cinq ans. La durée du mandat pourrait néanmoins être moindre ou varier selon la catégorie à laquelle appartient l'administrateur². De plus, les statuts aménagent le plus souvent le remplacement des administrateurs en cas de décès ou de démission d'un administrateur dans des conditions similaires à celles des fondations reconnues d'utilité publique³. Certaines entreprises fondatrices se sont montrées plus prévoyantes encore en incluant dans les statuts de leurs fondations d'entreprise le cas

¹ G. Lamarque, loc. cit., p. 11.

² Dans la fondation d'entreprise Saint-Louis pour la recherche sur les maladies du sang, les représentants du personnel et les personnalités qualifiées sont nommés pour une durée d'un an alors que les représentants du fondateur sont désignés pour la durée de la fondation d'entreprise.

³ Il est ainsi prévu que le membre remplaçant l'administrateur décédé ou démissionnaire demeure en fonction pour le temps restant à courir du mandat de son prédécesseur (cf. par ex. les statuts de la fondation d'entreprise Saint-Louis).

d'exclusion pour motifs graves ou de perte de qualité d'un administrateur¹.

Quelle que soit la catégorie à laquelle appartient l'administrateur, celui-ci exerce ses fonctions à titre gratuit (article 19-4 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée). L'autorité préfectorale tolère toutefois le remboursement des frais exposés par les membres du conseil à l'occasion de leur déplacement². Il faut enfin signaler que la responsabilité des administrateurs est engagée dans les conditions de droit commun et peut résulter, par exemple, de la violation des statuts ou de fautes de gestion³.

La liberté laissée aux entreprises dans l'organisation de la fondation d'entreprise préside également au fonctionnement de l'instance décisionnelle de la fondation d'entreprise.

b- Le fonctionnement de l'instance décisionnelle de la fondation d'entreprise.

696. A l'instar de la fondation reconnue d'utilité publique, le pouvoir de décision est détenu par un organe unique, le conseil d'administration. Celui-ci prend toutes les décisions dans l'intérêt de la fondation d'entreprise. A ce titre, il décide des actions en justice, vote le budget, approuve les comptes et décide des emprunts (article 19-5 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée). Naturellement, le Conseil d'administration n'est habilité à exercer ses pouvoirs que dans la limite de l'objet statutaire de la fondation.

697. Choisi parmi les membres du conseil d'administration⁴, le Président est investi par les textes d'attributions particulières. Ainsi, il représente la fondation en justice et dans ses rapports avec les tiers (article 19-5 de la loi du 23 juillet 1987 modifiée). Contrairement au Président d'une fondation reconnue d'utilité publique, le Président de la fondation d'entreprise n'a pas le pouvoir de décider de l'opportunité d'agir en justice au nom de la fondation puisque cette compétence est dévolue au Conseil d'administration. Il est néanmoins compétent, en vertu du décret du 30

¹ Cf. par ex. les statuts des fondations d'entreprise France TELECOM et U.A.P.

² Les statuts se montrent plus ou moins précis quant aux modalités de remboursement des frais engagés par l'administrateur. Il s'inspirent notamment des statuts-types des fondations reconnues d'utilité publique (cf. par ex., la fondation d'entreprise RATP pour la citoyenneté).

³ Ainsi, la fondation d'entreprise du Groupe Air France a inséré dans ses statuts une disposition prévoyant que « les membres du conseil sont responsables, individuellement ou solidairement selon les cas, soit des infractions aux dispositions légales régissant le mécénat d'entreprise, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

⁴ Le Président peut être désigné dans les statuts (cf. la fondation France TELECOM qui est présidé de droit par le Président de France TELECOM) ou choisi par le conseil lors de sa première réunion.

septembre 1991 pris pour application de la loi du 4 juillet 1990, pour solliciter de l'autorité préfectorale la modification des statuts décidée par le Conseil d'administration et réceptionner la notification par l'autorité préfectorale du retrait de l'autorisation administrative de création de la fondation d'entreprise.

A la lecture des textes il apparaît que le Président n'est investi d'aucune prérogative de la gestion courante, d'administration quotidienne de la fondation ni même d'exécution des décisions prises par le Conseil d'administration. Rien ne paraît empêcher dans ces conditions que ces prérogatives soient dévolues au Conseil d'administration. Il semble pourtant que les fondations d'entreprise aient fait le choix de calquer leur organisation sur le modèle de la fondation reconnue d'utilité publique. La constitution d'un bureau, formation restreinte du conseil d'administration chargé d'exécuter les décisions arrêtées par ce dernier, paraît en effet être la formule adoptée par la plupart des fondations d'entreprise¹. Au sein de cette instance, siègent généralement aux côtés du Président un vice-président, un secrétaire général et un trésorier choisis le plus souvent parmi les membres du Conseil d'administration. Hormis les attributions propres à chacun de ses membres, le bureau a, en règle générale, pour mission de préparer et d'exécuter les décisions prises par le Conseil d'administration². Dans certaines fondations d'entreprise, le bureau instruit plus spécifiquement les projets de mécénat proposés à la fondation d'entreprise et suit l'exécution des projets retenus par le Conseil d'administration³. Dans d'autres fondations d'entreprise, ce rôle échoit plutôt à des jurys professionnels placés aux côtés du Conseil d'administration.

698. La fréquence des réunions du Conseil d'administration, et éventuellement du bureau, comme les conditions de validité des délibérations prises par ces instances⁴,

¹ La fondation d'entreprise du Groupe Air France a préféré retenir une organisation différente constituée par un organe de décision, le Conseil d'administration dont les décisions sont exécutées par le Président, ce dernier étant secondé par un délégué général désigné par le Conseil d'administration parmi les membres de la fondation d'entreprise ou en dehors. Dans le même ordre d'idées, la fondation d'entreprise France TELECOM accorde au secrétaire général et, à lui seul, le pouvoir d'exécuter les décisions du Conseil d'administration ; ce dernier peut d'ailleurs voir sa compétence s'élargir à l'exécution d'actes engageant la fondation d'entreprise s'il obtient une délégation de pouvoirs.

² Cf. par ex. les statuts de la fondation d'entreprise Gan pour le cinéma.

³ Cf. par ex. les statuts des fondations d'entreprise « Excellence SMA » et Gaz de France. Au sein de la fondation d'entreprise France TELECOM, le bureau est chargé de retenir les projets de mécénat devant être engagés.

⁴ Il a pu être recommandé aux entreprises fondatrices d'établir statutairement les conditions de quorum

sont réglées par les fondateurs. Là encore, il apparaît que la fondation reconnue d'utilité publique a servi de modèle aux statuts élaborés par les entreprises fondatrices. Il est vrai que les modèles de statuts proposés par les spécialistes les y conviaient¹. Le Conseil d'administration se réunit ainsi au moins une à deux fois par an et également sur convocation de son président ou à la demande du quart ou de la moitié de ses membres. Le quorum nécessaire à la validité des délibérations est généralement fixé à la moitié des membres du Conseil d'administration sur une première convocation et est ramené au tiers des membres présents ou représentés lors de la seconde convocation. Les décisions principales sont prises à la majorité des voix, réserve faite de la faculté qui peut être aménagée par les statuts de se faire représenter par un autre membre².

En l'absence de précision législative, les modifications des statuts pourraient être, en théorie, décidées à la majorité simple. La stabilité du pacte statutaire impose néanmoins d'exiger une majorité qualifiée. La modification statutaire envisagée par le Conseil d'administration ne peut aboutir sans l'approbation de l'autorité administrative de tutelle. Il reste que le contrôle de tutelle exercé par cette dernière est un contrôle allégé.

c- La tutelle administrative des fondations d'entreprise : une tutelle allégée.

699. Eu égard à la fondation reconnue d'utilité publique, la fondation d'entreprise jouit d'une relative liberté vis à vis de l'autorité administrative. Il n'existe, en effet, qu'un unique organe tutélaire, le Préfet du département du siège de la fondation d'entreprise et à Paris, le Préfet de Paris³ (article 1^{er}, Décret du 30 septembre 1991).

L'étendue des pouvoirs de cette autorité de tutelle est elle-aussi allégée dans la mesure où le pouvoir d'autorisation préalable de l'autorité de tutelle est limité à l'autorisation des modifications de statuts. Toutefois, la détermination des

et de majorité propres à chacune des deux catégories d'administrateurs (M-H Maleville, Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 62). Mais ne serait-ce pas là introduire un facteur de complication dans le fonctionnement de la fondation d'entreprise ?.

¹ Cf. par ex. les modèles de statuts établis par G. Baranger (Bulletin July 1992, paragraphe 78, 79).

² Sur ce point, certains statuts formulent des exigences supplémentaires, telles que celle qui prévoit qu'un administrateur ne peut donner mandat qu'à un administrateur appartenant à la même catégorie que lui (cf. par ex. la fondation d'entreprise COPRIM pour la promotion de l'art contemporain ou la fondation d'entreprise RATP pour la citoyenneté).

³ On peut penser que le texte vise le Préfet de police de Paris.

modifications statutaires relevant de la procédure d'autorisation administrative est sujette à controverses. La lecture de la loi laisse en effet à penser que toute modification statutaire, aussi minime soit-elle, doit être autorisée¹. En revanche, le décret d'application, lorsqu'il règle les modalités de publicité au journal officiel des modifications statutaires, n'énumère que les modifications portant sur la dénomination de la fondation d'entreprise, son siège social, son objet et sur la durée et le montant de la dotation initiale et du programme d'action pluriannuel. Pour des raisons de logique et par respect du principe de parallélisme des formes, il faut décider que toute modification statutaire doit être autorisée². Concevrait-on en effet que les fondateurs puissent, une fois la fondation créée, modifier l'agencement des pouvoirs au sein du Conseil d'administration, par exemple, en changeant la composition tripartite du Conseil d'administration ?.

700. A l'exception de la modification des statuts, le Préfet ne dispose que de pouvoirs de contrôle a posteriori. Sa mission consiste à s'assurer de la régularité du fonctionnement de la fondation d'entreprise (article 19-10 de la loi du 23 juillet 1987 issu de la loi du 4 juillet 1990). Il est difficile de déterminer si ce contrôle de la régularité du fonctionnement de la fondation d'entreprise s'entend uniquement d'un contrôle de la légalité du fonctionnement de la fondation d'entreprise ou s'il s'étend au contrôle de la gestion de l'organisme. Le souci de préserver l'autonomie de l'organisme devrait faire préférer un simple contrôle de légalité³. Quoiqu'il en soit, l'autorité préfectorale dispose d'importants pouvoirs d'information et d'investigation qui assure l'effectivité du contrôle a posteriori. Elle est ainsi habilitée à se faire communiquer tous documents qu'elle juge utiles et à procéder à toutes investigations utiles (même texte). L'autorité administrative est de plus informée dans les trois mois de tous les changements survenus dans l'administration ou la direction de la fondation d'entreprise (article 9 du décret du 30 septembre 1991)⁴.

¹ Article 19-1 : « la fondation d'entreprise fait connaître à l'autorité administrative *toute* modification apportée à ses statuts ; *ces* modifications sont autorisées dans les mêmes formes que les statuts initiaux ».

² Contra, M-H Maleville, Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 54.

³ Contra, M-H Maleville, Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 71 et du même auteur, Premières remarques sur la fondation d'entreprise, loc. cit., n° 29.

⁴ La circulaire d'application précise que la disposition ne peut s'appliquer qu'aux changements dans la représentation du personnel ou des personnalités qualifiées.

La description du pouvoir de contrôle a posteriori du Préfet s'apparente au pouvoir de surveillance permanent exercé par les autorités de tutelle dans la fondation reconnue d'utilité publique en vertu des statuts-types. A cette surveillance permanente s'ajoute un contrôle ponctuel sur le rapport d'activité de la fondation, le rapport du commissaire aux comptes et les comptes annuels qui doivent être adressés chaque année à l'autorité administrative.

L'allégement de la tutelle administrative n'est pas une invitation au laxisme : si l'exercice du contrôle révèle des dysfonctionnements, l'autorité de tutelle pourrait envisager le retrait de l'autorisation administrative. Hormis ce cas extrême, la dissolution de la fondation d'entreprise est au choix des fondateurs.

d- La dissolution programmée de la fondation d'entreprise.

701. L'innovation la plus notable de la loi du 4 juillet 1990 réside dans la temporalité de la fondation d'entreprise. Celle-ci est créée pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à cinq ans. Ainsi, à l'expiration du délai fixé dans les statuts, la fondation d'entreprise, sauf prorogation d'une durée au moins égale à cinq ans, disparaît. Si les ou seulement certains fondateurs¹ décident de proroger l'activité de la fondation d'entreprise, ils doivent à nouveau s'engager sur un programme d'action pluriannuel, compléter, le cas échéant, la dotation initiale² et obtenir l'autorisation du Préfet dans les mêmes formes et conditions que la demande initiale d'autorisation³. Lorsqu'une partie des fondateurs seulement décide de proroger leur

¹ L'intérêt de prévoir la prorogation de la fondation d'entreprise à l'initiative d'une partie de ses fondateurs seulement est d'éviter à ceux des fondateurs qui voudraient continuer leur activité mécénale d'avoir à créer une nouvelle fondation et de devoir à nouveau verser une dotation initiale (cf. Rapport n° 345 de P. Laffitte au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, op. cit., p. 12-13).

² Cela recouvre l'hypothèse dans laquelle le nouveau programme d'action pluriannuel est supérieur à l'ancien. Le montant de la dotation initiale est en effet fonction du montant du programme d'action pluriannuel.

³ Au terme de la circulaire du 17 octobre 1991, la demande de prorogation est accompagnée des pièces exigées pour la modification des statuts auxquelles s'ajoutent : - les engagements des fondateurs à verser les sommes finançant le programme d'action pluriannuel de la fondation d'entreprise.

- le contrat de caution bancaire.

- la liste des fondateurs qui décident ou qui renouvellent leur engagement, avec indication de leurs raisons sociales ou dénominations et de leurs sièges.

- la liste des fondateurs qui décident de se retirer de la fondation d'entreprise avec indication de leurs raisons sociales ou dénominations et de leurs sièges.

Le Préfet délivre un récépissé dans les cinq jours du dépôt de la demande, instruit le dossier comme

fondation d'entreprise, une difficulté particulière fait jour. Elle est liée à l'utilisation de la fondation d'entreprise par les entreprises qui ne prorogent pas leur engagement et ce, aux fins de réaliser des actions de communication. Afin de prévenir cette difficulté, certains statuts de fondation d'entreprise prennent soin d'énoncer que « les fondateurs, ne participant pas à une éventuelle prorogation, s'interdisent de se prévaloir, directement ou indirectement, de la fondation d'entreprise »¹.

702. A l'inverse, les fondateurs peuvent décider de se retirer avant l'arrivée du terme (article 19-11 de la loi du 23 juillet 1987 issu de la loi du 4 juillet 1990). Comme par ailleurs, la fondation d'entreprise ne peut être créée pour une durée inférieure à cinq ans, il semble que la disposition de l'article 19-11 ne vise que l'hypothèse d'une fondation d'entreprise créée pour une durée supérieure à cinq ans et qui souhaite disparaître avant l'arrivée de ce terme mais après l'écoulement de ces cinq années. Le retrait de l'ensemble des fondateurs ne peut toutefois pas être un moyen commode pour les entreprises fondatrices de réduire leur engagement financier. Aussi, le retrait des fondateurs est-il subordonné au versement par ceux-ci de l'intégralité des sommes qu'ils se sont engagés à verser (article 19-11 précité). C'est l'une des manifestations du caractère irrévocable de l'engagement financier des entreprises fondatrices². Il est probable, par ailleurs, que la décision de retrait des fondateurs doit être formelle et être constatée par écrit. Ce qui est nettement moins sûr

pour la demande initiale. La publication au Journal officiel de la prorogation comporte les mentions définies à l'article 6 du décret du 30 septembre 1991 à savoir : - les dates de l'autorisation de la fondation d'entreprise et de l'autorisation de prorogation avec indication des préfets qui les ont délivrées ou dans le cas de l'autorisation tacite, auprès desquels elles ont été sollicitées.

d'entreprise et le cas échéant, son ancienne dénomination.	- la dénomination de la fondation
s'il y a lieu, le siège précédent.	- le siège de la fondation d'entreprise et,
le cas échéant, son objet précédent.	- l'objet de la fondation d'entreprise et
fondation d'entreprise.	-la durée pour laquelle est prorogée la
programme d'action pluriannuel.	-les montants de la dotation et du
	-les raisons sociales ou dénominations
et sièges des fondateurs qui décident ou renouvellent leur engagement et de ceux qui s'en retirent.	

¹ Cf. par ex. les statuts de la fondation d'entreprise Saint-Louis pour la recherche sur les maladies du sang. La formule est également présente dans les modèles de statuts publiés au Bulletin Joly.

² En ce sens, C. Debbasch, Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques, loc. cit., p. 272.

c'est qu'elle puisse être une décision prise par le Conseil d'administration¹. Car la décision de dissolution amiable n'est prise aux termes de la loi *que* par les fondateurs. Or, le Conseil d'administration comprend, parmi ses membres, outre les fondateurs ou leurs représentants, des représentants du personnel ainsi que des personnalités qualifiées dans l'intérêt général. Par ailleurs, la représentation de l'ensemble des fondateurs au Conseil d'administration n'étant pas obligatoire, le Conseil d'administration ne semble pas compétent pour prendre cette décision.

703. Le dispositif de dissolution des fondations d'entreprise suscite également la perplexité en ce qu'aucune disposition n'impose que la décision de dissolution volontaire soit autorisée par l'autorité administrative. Cela peut, à la rigueur, se comprendre lorsque la dissolution découle de l'arrivée du terme puisque dans ce cas, la dissolution est automatique. Malgré tout, en raison de la règle du parallélisme des formes, la dissolution devrait être autorisée par arrêté préfectoral². La nécessité d'un arrêté préfectoral s'impose avec une force accrue lorsque la dissolution résulte du retrait des fondateurs avant l'arrivée du terme. Le retrait amiable des fondateurs n'est en effet autorisé que si ces derniers se sont acquittés de leur engagement financier et le préfet apparaît la personne la plus qualifiée pour constater le paiement intégral des sommes³.

Dans ces deux hypothèses de dissolution voulue⁴, le Conseil d'administration nomme un liquidateur chargé d'attribuer les ressources non employées et la dotation initiale à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation d'entreprise (article 19-11 précité)⁵. La

¹ Contra, Vade mecum de la fondation d'entreprise publié par l'U.D.A, p. 11.

² A cela s'ajoute une circonstance pratique tenant à l'impossibilité pour une personne privée d'obtenir de sa seule initiative une publication au Journal officiel (Vade mecum de l'U.D.A, p. 11).

³ On finira de se convaincre de la nécessité d'une autorisation administrative lorsque l'on aura dit que la dissolution entraînant la disparition de la personne morale, le patrimoine de la fondation d'entreprise se trouverait « vacant » jusqu'à la désignation de l'établissement attributaire par le liquidateur et l'acceptation de l'attributaire des biens. L'autorisation administrative en même temps qu'elle autoriserait la dissolution de la fondation d'entreprise attribuerait *l'actif net* de la fondation dissoute à l'établissement désigné par le liquidateur.

⁴ Il est en effet possible de considérer que la dissolution de la fondation d'entreprise du fait de l'écoulement du délai fixé par les statuts, quoiqu'automatique, constitue un mode de dissolution volontaire dans la mesure où elle résulte d'une manifestation de volonté des fondateurs exprimée dans les statuts.

⁵ On a pu déplorer qu'en l'absence de délai imposé entre la décision de dissolution de la fondation et la clôture de la liquidation, la durée de la mission du liquidateur ne puisse être déterminée (M-H

dévolution de l'actif de la fondation dissoute à une autre fondation d'entreprise n'était pas concevable du fait de l'interdiction pour une fondation d'entreprise de recevoir des dons et legs et parce que cette dévolution aboutissait indirectement à favoriser une entreprise¹.

Comme le régime de dissolution des fondations d'entreprise présente certaines similitudes avec celui des fondations reconnues d'utilité publique, il doit être conçu de la même manière. Dans cette optique, la dévolution des ressources inemployées de la fondation ne devrait pouvoir être opérée qu'après acquittement du passif. Les modalités de liquidation des biens de la fondation d'entreprise dissoute diffèrent cependant par certains aspects de celles de la fondation reconnue d'utilité publique. Ainsi, lorsque le Conseil d'administration omet de pourvoir à la désignation du liquidateur, ce dernier est désigné par le tribunal de grande instance du siège de la fondation, saisi par le Ministère public ou par tout intéressé.

Dans tous les cas, la nomination du liquidateur est publiée au Journal officiel. La dissolution de la fondation d'entreprise fait également l'objet d'une publication au Journal officiel à l'initiative du Président de la fondation. Ce dernier y procède après autorisation du Conseil d'administration ou, à défaut, du liquidateur (article 16 du décret du 30 septembre 1991)².

704. Ainsi qu'on a pu le constater, les fondations d'entreprise bénéficient d'importantes mesures de faveur. Celles-ci sont néanmoins pondérées par certaines contreparties.

Paragraphe II- Les contreparties.

705. La capacité juridique restreinte de la fondation d'entreprise (A), les contrôles

Maleville, Jurisclasseur Sociétés, loc. cit., n° 77).

¹ En ce sens, C. Debbasch, loc. cit., p. 273.

² La publication mentionne les éléments d'information publiés à l'occasion de la publication de l'autorisation administrative ainsi que la date de l'acte ayant entraîné la dissolution, le nom et l'adresse du liquidateur, le montant et la composition de l'actif net ainsi que la dénomination et le siège de l'établissement attributaire des ressources non employées et de la dotation de la fondation (article 17 du décret du 30 septembre 1991). Le décret n'a pas envisagé les conséquences d'une publicité incomplète. D'aucuns proposent d'étendre aux fondations d'entreprise la solution retenue pour les sociétés, c'est-à-dire l'opposition aux tiers des décisions non publiées : en ce sens, M.H Maleville, Remarques complémentaires sur la fondation d'entreprise, loc. cit., n° 10.

particuliers dont elle fait l'objet (B) ainsi que sa dénomination spécifique (C) constituent autant de contreparties aux faveurs accordées aux entreprises mécènes.

A- La capacité juridique restreinte de la fondation d'entreprise.

706. La fondation d'entreprise a une capacité juridique intermédiaire entre celle d'une association simplement déclarée et celle d'une association reconnue d'utilité publique. L'article 19-3 de la loi du 23 juillet 1987 définit la capacité juridique de la fondation d'entreprise par une formule générale : il est dit que la fondation d'entreprise peut faire tous les actes de la vie civile que ses statuts ne lui interdisent pas. Sans doute est-il fait là référence au principe de spécialité. Le respect de l'objet statutaire ne paraît pas bien contraignant puisque l'autorité administrative permet à la fondation d'entreprise d'intervenir dans plusieurs secteurs d'activité¹.

707. Cette latitude est toutefois assortie de restrictions. Celles-ci limitent la capacité de recevoir à titre gratuit de la fondation d'entreprise en lui interdisant de recevoir des dons et legs et de faire appel à la générosité publique. La fondation d'entreprise ne peut pas non plus posséder d'immeubles de rapport. Elle ne peut acquérir ou posséder que des immeubles nécessaires au but qu'elle se propose. Le respect de ces limitations est d'ailleurs l'objet de contrôle.

B- Les mesures de contrôle spécifiques à la fondation d'entreprise.

708. Mesures préventives et contrôle des comptes forment l'essentiel de la panoplie des contrôles spécifiques de la fondation d'entreprise.

709. Ainsi, la détention de valeurs mobilières par la fondation d'entreprise est strictement réglementée. Les valeurs mobilières doivent revêtir la forme nominative ou celle de valeurs admises par la Banque de France en garanties d'avance (article 19-3 de la loi du 23 juillet 1987 issu de la loi du 4 juillet 1990). La fondation d'entreprise exerce la plénitude des droits d'actionnaire sur les actions de sociétés anonymes à l'exception des actions de sociétés fondatrices ou de sociétés contrôlées par elles, qui ne lui confèrent aucun droit de vote en application de la réglementation sur l'autocontrôle. Il s'agit en fait d'empêcher que la fondation d'entreprise ne soit

¹ Cf. supra, n° 363.

qu'une « coquille vide » destinée à exercer le contrôle d'un groupe d'entreprise¹.

710. Vient s'adjoindre à ces mesures préventives un contrôle comptable manifestement calqué sur les techniques du droit des sociétés. Les fondations d'entreprise sont d'abord tenues d'établir chaque année un bilan, un compte de résultats et une annexe (article 19-9 de la loi du 23 juillet 1987 issu de la loi du 4 juillet 1990). L'inobservation de ces dispositions fait encourir aux membres du conseil d'administration ainsi qu'au président du Conseil d'administration les peines prévues à l'article 439 de la loi du 24 juillet 1966 (même texte). Les fondations d'entreprise doivent ensuite nommer un commissaire aux comptes et un suppléant choisis, comme pour les sociétés commerciales, sur une liste établie par une commission régionale d'inscription (article 19-9 de la loi du 23 juillet 1987 qui renvoie à l'article 219 de la loi du 24 juillet 1966). Les membres du Conseil d'administration qui n'auront pas provoqué la désignation du commissaires aux comptes encourent les sanctions pénales prévues par l'article 455 de la loi du 24 juillet 1966.

Le statut et la mission des commissaires aux comptes des fondations d'entreprise sont calqués sur ceux des commissaires aux comptes des sociétés commerciales. Ces commissaires aux comptes sont soumis aux incompatibilités d'exercice énumérées aux articles 219-3 et 220 de la loi du 24 juillet 1966 et sont passibles des peines prévues par l'article 456 de cette même loi. Les fonctions du commissaire aux comptes s'entendent du contrôle et de la certification des comptes et du devoir d'information. Le Président ou les membres du Conseil d'administration ne peuvent faire obstacle à sa mission sous peine d'être condamnés à des peines d'emprisonnement et/ ou d'amende (article 19-9 précité qui renvoie à l'article 458 de la loi du 24 juillet 1966).

Ce qui est plus original c'est que ces obligations comptables sont renforcées passé un certain seuil d'activité de la fondation d'entreprise. Lorsque les ressources de la fondation d'entreprise dépassent quatre millions de francs², le Conseil d'administration

¹ En ce sens, Y. Streiff, La loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions sur le mécénat, loc. cit., n° 11.

² Le seuil de ressources retenu comprend non seulement le montant du programme d'action pluriannuel pour l'année en cours mais toutes les ressources annuelles (G. Lamarque, loc. cit., p. 12). On notera, par ailleurs, que le seuil de 4 millions de francs est différent de celui applicable aux sociétés commerciales (chiffre d'affaires net de 120 millions de francs au moins ou au moins 300 salariés).

est en effet tenu d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, un compte de résultats prévisionnel, un tableau de financement et un plan de financement¹. Ces documents, qui permettent à la fondation d'entreprise de connaître exactement l'étendue de son patrimoine et de se projeter dans l'avenir, sont analysés par le Conseil d'administration qui doit établir des rapports écrits sur l'évolution de la fondation d'entreprise et les transmettre au commissaire aux comptes². Ce dernier doit signaler au Conseil d'administration, dans un rapport écrit, l'inobservation par le Conseil d'administration de ses obligations (obligation d'établissement des documents de gestion, d'analyse ou de transmission) ; il peut également, dans ce même rapport, porter à la connaissance du Conseil d'administration les observations qu'appellent les rapports (article 19-9 de la loi du 23 juillet 1987). Du fait du défaut d'organe de surveillance du Conseil d'administration, le commissaire aux comptes ne peut guère faire plus, sauf à faire usage de la « procédure d'alerte » spécifique instituée par l'article 19-9 précité si ces irrégularités sont de nature à comprendre la continuité de l'activité. Celle-ci lui permet d'avertir le Président ou les membres du Conseil d'administration de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'activité et de provoquer une délibération du Conseil d'administration à laquelle il assiste. Si en dépit de sa demande, la délibération n'a pas eu lieu ou les mesures prises se révèlent insuffisantes, le commissaire aux comptes rédige un rapport spécial qu'il envoie à l'autorité administrative.

Si le Préfet constate à cette occasion que l'activité de la fondation d'entreprise est compromise, il peut prendre l'initiative de lui retirer son autorisation administrative de création. Cette circonstance est expressément visée par la circulaire du 17 octobre 1991 relative aux conditions de création, de fonctionnement et de dissolution des fondations d'entreprise. Plus généralement, la circulaire de 1991 vise, comme cause de retrait de l'autorisation administrative de création, la méconnaissance par la fondation d'entreprise des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur³. La

¹ On remarquera que ni la loi de 1990 ni son décret d'application n'ont déterminé la périodicité, la présentation et le contenu des documents prévisionnels, laissant de ce fait toute latitude au Conseil d'administration.

² Le délai de transmission des documents de gestion prévisionnelle au commissaire aux comptes n'est pas fixé.

³ Evidemment, l'importance des agissements de la fondation d'entreprise justifiant le retrait de l'autorisation administrative est souverainement appréciée par le Préfet.

loi de 1987 envisage également le recours à la générosité publique ou à des libéralités.

Quelle que soit la cause du retrait de l'autorisation administrative, le préfet engage la procédure de retrait d'autorisation en notifiant sa décision au Président de la fondation d'entreprise¹. Il informe le ministre de l'intérieur de sa décision afin que celui-ci assure la publication au Journal officiel du retrait d'autorisation (article 14 du décret du 30 septembre 1991). La liquidation est effectuée selon les mêmes modalités que celles précédemment indiquées à l'exception de la nomination du liquidateur qui est faite par l'autorité judiciaire.

711. Le contrôle pointilleux des fondations d'entreprise - qui peut éventuellement aboutir au retrait de l'autorisation administrative de création - cause néanmoins aux entreprises fondatrices un préjudice moindre que celui résultant de l'obligation qui leur est faite de dénommer leur fondation d'entreprise.

C- La dénomination spécifique de la fondation d'entreprise.

712. Les fondations créées par une entreprise dans les conditions légales bénéficient d'une dénomination spécifique protégée pénalement. Il est, en effet, précisé que seules les fondations autorisées par arrêté préfectoral « peuvent faire usage dans leur intitulé, leurs statuts, contrats, documents ou publicité, de l'appellation de fondation d'entreprise » (article 20 modifié de la loi du 23 juillet 1987). Cette appellation peut être suivie du ou des noms des fondateurs (même texte)². La dénomination de fondation d'entreprise n'est pas qu'une simple faculté ; elle est une obligation véritable dont l'inobservation est érigée par l'autorité administrative en cause de refus d'autorisation de création de la fondation d'entreprise³.

713. Le texte appelle deux remarques : il semble que le libellé fondation d'entreprise accompagné du nom de l'entreprise fondatrice doive apparaître dans son

¹ On peut penser qu'au cas de retrait de l'autorisation administrative les opérations de liquidation auront été faites avant que le retrait de l'autorisation n'ait lieu. Il est possible de remarquer en ce sens que la demande de nomination du liquidateur intervient avant que la procédure de retrait d'autorisation ne soit engagée (circulaire du 17 octobre 1991, III, 1).

² Il semble que cet ordre doit être respecté. Ainsi, la signature « Fondation X, fondation d'entreprise » ne semble pas possible (en ce sens, Mémento Lefebvre, Associations et Fondations, op. cit., n° 8890 ; J.P Marguénaud, loc. cit., n° 4159).

³ C'est en tout cas ce qui ressort de la circulaire du 17 octobre 1991.

intégralité dans tous les documents ou publicité utilisés par la fondation d'entreprise. Or, comme la création d'une fondation d'entreprise réalise, pour l'entreprise fondatrice, une action de communication, la dénomination de fondation d'entreprise, en ce qu'elle a une connotation mercantile, n'apparaît guère compatible avec l'objectif publicitaire des entreprises. Cette dénomination affiche en effet trop clairement les ambitions publicitaires de l'entreprise fondatrice, contrariant de ce fait l'image de mécène désintéressé qu'ambitionnent de faire parvenir au public les entreprises fondatrices.

Par ailleurs, dans la mesure où il est possible d'admettre qu'une action de communication peut en même temps constituer une action d'intérêt général, il eût été opportun de définir les critères du « faire savoir » compatible avec la notion d'intérêt général c'est-à-dire la manière dont la communication des opérations de mécénat réalisées par la fondation d'entreprise pourrait être entreprise.

Peut-être faut-il voir dans ces imprécisions un début d'explication à l'accueil décevant fait par les entreprises au dispositif législatif.

SECTION II- ACCUEIL DU DISPOSITIF LEGISLATIF : DES RESULTATS DECEVANTS.

714. Le dispositif législatif instituant les fondations d'entreprise a connu un échec relatif : il a été, en effet, largement boudé par les entreprises. On le voit au faible nombre de fondations d'entreprise créées depuis la loi de 1990 et au fait que certaines entreprises ont choisi de conserver leur action de mécénat dans la structure associative. Ainsi, au 1^{er} décembre 1992, la France comptait quinze fondations d'entreprise. Environ trois ans plus tard (le 1^{er} juin 1995) trente cinq fondations d'entreprise seulement avaient vu le jour. Parmi elles, 22 fondations d'entreprise présentent un caractère social, philanthropique (fondation d'entreprise Crédit National ou fondation d'entreprise Trois suisses), artistique et culturel (fondation d'entreprise Coprim pour la promotion de l'art contemporain ou fondation d'entreprise C.I.C pour le livre) ou œuvrent pour la défense de l'environnement.

Il est vrai cependant que parmi les fondations d'entreprise créées, certaines correspondent à un investissement financier important. Ainsi, la fondation d'entreprise « Gan pour le cinéma » ou la fondation d'entreprise Macif ont été dotées d'un

programme d'action pluriannuel d'un montant supérieur à 30 millions de francs. De la même façon, le groupe Air France s'est engagé à verser un programme d'action pluriannuel d'un montant de 15 millions de francs à sa fondation d'entreprise.

Il n'en reste pas moins que la volonté du législateur de rendre la création des fondations d'entreprise accessible aux petites et moyennes entreprises ne semble pas avoir été suivie d'effet si l'on se réfère au faible nombre de fondations d'entreprises créées par celles-ci.

Le relatif échec du dispositif institué par la loi du 4 juillet 1990 apparaît mieux encore à la consultation des chiffres communiqués par la Préfecture de Paris pour les fondations d'entreprise ayant leur siège social à Paris. Ainsi, le Bureau des groupements associatifs et des fondations de la Préfecture de Paris dénombrait au 18 mars 1999 à peine 20 fondations d'entreprise. Et encore parmi celles-ci étaient recensées les fondations d'entreprise ayant sollicité leur renouvellement après cinq années de fonctionnement. Aussi, le rythme de demande de création de fondations d'entreprise est-il estimé par la Préfecture de Paris à 2 par an.

Conclusion du Titre I

715. A l'heure actuelle, le service d'intérêt général à vocation pérenne abrité par les fondations est géré par une personne morale préexistante ou par une fondation reconnue d'utilité publique.

716. Lorsqu'il est géré par une personne morale préexistante, le service d'intérêt général est menacé par les faits d'inexécution de l'affectataire ou par la saisie des biens affectés par les créanciers de l'affectataire. Contre ces menaces, la loi ou parfois le testateur organisent des moyens de défense.

La personnalisation de l'œuvre en ce qu'elle permet au service d'intérêt général d'être autonome est plus appropriée à la gestion du service d'intérêt général à vocation pérenne. Tout particulièrement, la fondation reconnue d'utilité publique est apparue comme la structure de mécénat par excellence. Ainsi, elle peut ouvrir et gérer des comptes d'associations, accueillir des fondations non personnalisées, voire chapeauter un secteur entier de mécénat. Mais sa spécificité lui vient surtout de sa vocation à pérenniser l'œuvre d'intérêt général dessinée par le fondateur au moyen d'un capital, la dotation initiale. La finalité d'intérêt général de la fondation lui donne par ailleurs une capacité particulière à se procurer d'autres ressources et explique le régime fiscal de faveur auquel elle est soumise. Tout ceci ne va pas sans un certain contrôle qui est assuré pour l'essentiel par l'autorité administrative. Cette dernière exerce en effet sur la fondation reconnue d'utilité publique un contrôle présentant la nature de contrôle de tutelle qui combine mesures de contrôle a priori et mesures de contrôle a posteriori.

717. Bien que conçue pour satisfaire à perpétuité le même besoin d'intérêt général, la fondation peut être obligée de s'adapter à son milieu extérieur. La modification de la fondation - qui peut porter sur son objet comme sur ses moyens d'action - sera opérée par le juge judiciaire s'il s'agit d'une fondation réalisée par libéralité avec charge ou par le Conseil d'administration de la fondation reconnue d'utilité publique. Cette modification peut être tellement profonde qu'il sera difficile de reconnaître l'idée fondatrice. Dans ce cas, la disparition de l'œuvre d'intérêt général ne pourra qu'être constatée. S'il s'agit de fondation autonome, la disparition du service d'intérêt général coïncidera avec celle de son support juridique.

La remarque vaut également pour les fondations d'entreprise, qui possèdent une durée de vie limitée. La temporalité de la fondation d'entreprise n'est d'ailleurs qu'une concession faite par le législateur aux entreprises mécènes. La fondation d'entreprise a en effet été créée pour répondre aux besoins des entreprises désireuses de loger leurs actions de mécénat dans une fondation. Dans cette optique, le régime financier des fondations d'entreprise correspond exactement au mode de fonctionnement des entreprises. De même, le dispositif organisationnel de la fondation d'entreprise est caractérisé par la mainmise des entreprises sur leur fondation d'entreprise. Pourtant, le dispositif de la loi du 4 juillet 1990 n'a pas suscité d'engouement notable de la part des entreprises. Les inadaptations du régime de fonctionnement des fondations d'entreprise en sont peut-être la cause. De fait, le simple panorama du Droit positif a déjà permis de déceler quelques inadaptations du régime de fonctionnement des fondations, quelle que soit d'ailleurs la forme juridique qu'elles empruntent. Une appréciation résolument critique permettra d'en déceler d'autres et de tenter d'y apporter des remèdes.

TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DU DROIT POSITIF ET PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS.

718. Une approche critique des règles de fonctionnement des fondations conduit à déceler diverses inadaptations, qui appellent des réponses distinctes selon que la fondation a vocation à servir le mécénat d'entreprise (chapitre II) ou qu'elle a, plus prosaïquement, pour objectif d'animer un service d'intérêt général pérenne (chapitre I). Dans chacune de ces hypothèses, en effet, le mécanisme de fonctionnement des fondations repose sur une philosophie différente.

CHAPITRE I- INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES ET PROPOSITIONS DE REMEDES.

719. Les fondations personnalisées et non personnalisées se présentent comme deux techniques de gestion concurrentes du service d'intérêt général à caractère pérenne. Chacune d'elles souffrent d'inadaptations qui appellent des réponses différentes.

SECTION I- LES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.

720. Eu égard à la nature des entraves au fonctionnement des fondations non autonomes (paragraphe I), la Fondation de France paraît la mieux armée (paragraphe II).

Paragraphe I- Les entraves au fonctionnement des fondations non personnalisées.

721. La théorie personnaliste du patrimoine empêche la propriété affectée d'accéder à l'autonomie tant active que passive, sans le support de la personnalité morale. Il en résulte que les biens de la fondation ne sont pas à l'abri d'éventuelles actions des créanciers personnels de l'attributaire des biens, sauf à ce que le fondateur se soit adressé à une personne morale de droit public ou ait inséré dans l'acte de fondation une clause d'inaliénabilité.

722. La fondation pâtit, en outre, de l'inexistence dans notre Droit positif de remèdes aux faits d'inexécution de la charge de fondation imputables à l'affectataire ou aux faits d'inexécution qui ne relèvent pas du dispositif de la loi du 4 juillet 1984.

En pareille circonstance, les héritiers du fondateur préféreront certainement récupérer les biens affectés au moyen de l'action en révocation ou de l'action en résolution.

Sur tous ces points, la Fondation de France fait montre de supériorité.

Paragraphe II- Démonstration de la prééminence de la Fondation de France.

723. La Fondation de France, de par son statut de fondation reconnue d'utilité publique, bénéficie d'un atout appréciable par rapport aux établissements publics ou aux établissements d'utilité publique autres que les fondations reconnues d'utilité publique, celui de faire profiter les fondations dont elle assure la gestion et dont elle contrôle l'utilisation des fonds de *l'appellation de fondation*.

Sans doute, le fait de réserver l'appellation de fondation aux seules fondations gérées par une fondation reconnue d'utilité publique, dont les statuts ont été agréés à cet effet en fonction de leur représentativité dans leur domaine d'activité, facilite la chasse aux « fausses fondations ». Mais, outre la restriction à la liberté de fonder qu'elle emporte, cette méthode n'est justifiée par aucun principe juridique. Elle a, d'ailleurs, d'ores et déjà fait montre de faiblesse puisque, en l'application stricte de la loi, il n'est pas possible de dénommer « fondation » les masses de biens abritées par l'Institut de France¹. Si en l'état actuel des textes, il y a donc un avantage - d'ailleurs contestable - pour la Fondation de France (ainsi que pour les autres fondations reconnues d'utilité publique) au regard de cette question d'appellation², la véritable raison de la primauté de la Fondation de France est, en réalité, à chercher ailleurs.

724. La prééminence véritable de la Fondation de France ne se mesure réellement qu'au plan de la protection du patrimoine fondatif (A), de l'exécution fidèle des volontés du fondateur (B) et de la permanence de l'affectation (C).

¹ Le rapport du Conseil d'Etat (Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 121) propose de mettre fin à cette incohérence en confirmant expressément la faculté pour les masses de biens hébergées par l'Institut de France de porter la dénomination de fondation.

² Comp. P. Catala, La constitution des fondations et le Code civil, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 170, pour lequel la dénomination de fondation devrait être réservée à la fondation-personne morale ; le Conseil d'Etat adopte une position moins restrictive et suggère de faire suivre le terme fondation de la forme juridique empruntée (ex : Fondation X, « fondation reconnue d'utilité publique » ou « fondation d'entreprise » ou « fondation sous l'égide de »).

A- la protection du patrimoine fondatif.

725. Sans doute est-il une technique juridique qui permet d'ores et déjà d'assurer au patrimoine fondatif une certaine protection : c'est la technique de la subrogation réelle. La technique serait assurément limitée, s'il ne fallait admettre le jeu de subrogation réelle qu'en présence d'une disposition spéciale, mais nous savons qu'il n'est pas impossible de retenir, pour admettre le jeu de la subrogation réelle, la volonté implicite de l'affectant¹. Ainsi, dans la mesure où le fondateur aurait entendu affecter des biens en valeur, il serait possible d'induire sa volonté de faire jouer la subrogation réelle. La Cour de cassation a pu ainsi inférer l'inaliénabilité des biens de l'affectation perpétuelle de biens à un but d'intérêt général même en l'absence de clause expresse². Son erreur fut de considérer l'affectation perpétuelle de biens comme entraînant systématiquement l'inaliénabilité en nature et non une inaliénabilité en valeur c'est-à-dire la subrogation réelle, tout au moins lorsque les biens affectés forment la dotation de l'œuvre³.

726. Pour l'heure, l'admission du jeu de la subrogation réelle en matière de fondation est exclue en dehors d'une manifestation de volonté expresse du fondateur. La protection du patrimoine fondatif ne peut donc reposer que sur la surface financière de l'affectataire, sa solvabilité, autrement dit sur son aptitude à répondre de ses dettes. A cet égard, on peut difficilement nier qu'il existe peu de fondations reconnues d'utilité publique qui puissent concurrencer la Fondation de France.

Solide financièrement, la Fondation de France est également en mesure d'exécuter fidèlement les volontés du fondateur.

¹ Cf. supra, n° 188.

² Civ., 19 oct. 1965, G.P. 1966, 1, 31, note P. Esmein, Rép. Déf. 1966, art. 28801, note J. Défrenois, R.T.D.C. 1966, 328, obs. R. Savatier, D. 1966, J., 245. Sur cet arrêt, cf. infra, n° 184 et 187.

³ D'ailleurs, par un arrêt du 5 janvier 1887 (S. 1887, 1, 481) la Cour de cassation avait reconnu la faculté de subrogation implicitement voulue par le testateur en ces termes : « Attendu, en ce qui touche la prétendue inaliénabilité dont serait frappé l'immeuble dans lequel l'hospice des vieillards a été établi, que, d'après une interprétation qui rentrait dans les pouvoirs des juges du fond, la charge imposée aux héritiers de Jean Darcel constituait simplement une obligation de faire, qui se trouvait accomplie dès lors que les prescriptions contenues dans le testament recevaient leur exécution dans *un immeuble de même nature que celui désigné par le testateur* » (c'est nous qui soulignons). Dans le même sens, cf. Cass. civ. 29 av. 1901, S. 1903, 1, 321, note R. Saleilles, D. 1902, 1, 33.

B- L'exécution fidèle des volontés du fondateur.

727. Demeure la difficulté liée aux faits d'inexécution imputables à l'affectataire, qui ne pourrait trouver une issue juridiquement incontestable que dans la reconnaissance d'un droit de créance au profit des bénéficiaires de l'œuvre¹. Faute pour le Droit positif de pouvoir offrir ce type de solution, la difficulté ne peut trouver une réponse générale que dans une *donnée de fait*, la *confiance* dans la personne de l'affectataire. La certitude de l'exécution de la fondation peut, plus sûrement que dans l'entremise d'une personne physique de confiance, résider dans l'intermédiation d'une entité prestigieuse. La Fondation de France par son ancienneté, par la transparence financière qu'elle affiche (la publication annuelle de ses comptes et du rapport du commissaire aux comptes) lui apporte un crédit réel auprès de l'opinion publique.

728. Par ailleurs, prenant en compte le légitime désir du fondateur de participer à la vie de l'œuvre qu'il a façonnée, la Fondation de France a institutionnalisé le système de participation du fondateur à l'activité de l'œuvre. Lors de la création d'une fondation, l'acte de fondation doit mentionner la composition du comité de la fondation non personnalisée qui votera le budget et déterminera son utilisation. Le Conseil d'administration de la fondation abritée, outre qu'il doit comporter des représentants des fondateurs et des personnalités extérieures choisies en fonction de leur compétence mais sans qu'il y ait lieu de satisfaire à une quelconque proportionnalité entre eux, doit faire place à un représentant de la Fondation de France.

729. Alors même que la Fondation de France ne serait pas appelée à gérer les biens affectés (puisque fondation de redistribution, elle ne peut assurer personnellement le

¹ Il convient de constater que la fiducie, dont nous avons constaté l'insuffisance en matière de création de fondations non autonomes, ne peut résoudre la difficulté et ce, malgré la disposition du projet de loi au terme de laquelle « si le fiduciaire manque gravement à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant ou les bénéficiaires peuvent demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire ou le remplacement du fiduciaire. Ils peuvent également demander qu'il soit mis fin à la fiducie » (article 2070-1). La faculté d'obtenir en justice le remplacement du chargé d'affectation, inconnue du mécanisme de la libéralité avec charge du fait de l'intuitu personae ou du contrat à titre onéreux, constituerait sans doute un atout considérable pour les fondations abritées mais le mécanisme de nomination n'offre pas tous les avantages escomptés. En effet, au décès du fondateur, le remplacement du fiduciaire ne peut intervenir que sur demande des bénéficiaires. Se retrouve alors la difficulté déjà rencontrée dans le mécanisme de la libéralité avec charges, à savoir l'indétermination des bénéficiaires.

fonctionnement du service d'intérêt général), l'intermédiation de cette institution demeure sécurisante pour les fondateurs dans la mesure où elle « sélectionne » les organismes attributaires finaux des biens en fonction de leur aptitude à exécuter fidèlement la charge de fondation.

Institution de confiance, la Fondation de France possède, en outre, une capacité particulière à donner aux biens une affectation durable.

C- La permanence de l'affectation.

730. L'œuvre d'intérêt général ne peut résister à l'injure du temps que par une gestion heureuse des biens formant la dotation de l'œuvre. La pérennité de la fondation désigne, en effet, non la pérennité de l'affectation des biens ou droits, mais la pérennité de l'œuvre d'intérêt général. Autrement dit, elle n'impose pas l'indisponibilité des biens qui lui servent de support. D'ailleurs, pareille indisponibilité contrarierait l'efficacité de la gestion, qui commande, à tout le moins, qu'un bien moins productif soit remplacé par une valeur plus productive pour la fondation. C'est pourquoi la Fondation de France, préférant disposer d'une entière liberté de décision, manifeste une certaine réticence envers les stipulations du fondateur lui enjoignant de conserver des biens légués ou donnés. Si toutefois, la Fondation de France acceptait de conserver en nature les biens du fondateur, elle exigerait vraisemblablement que lui soit accordée la faculté d'aliéner les biens productifs de revenus si les circonstances le commandent. En effet, paradoxalement, le maintien de l'idée fondatrice sera d'autant mieux assuré qu'est préservée à l'affectataire une certaine liberté dans l'exécution de la fondation. L'idée fondatrice a plus de chance de perdurer lorsque le fondateur ne règle pas avec minutie le détail de l'organisation et du fonctionnement de son œuvre. L'œuvre fondatrice pourrait ainsi s'adapter plus aisément à l'évolution des conditions économiques et sociales de son environnement.

731. L'efficacité de la gestion de la Fondation de France se trouve, par ailleurs, confortée par la présence au Conseil d'administration de dix-huit établissements financiers fondateurs et surtout par celle d'un comité financier dont la fonction est « de définir la philosophie de gestion des avoirs de la Fondation de France »¹. Ce

¹ Une fondation au service de l'intérêt général, brochure éditée par la Fondation de France.

dernier organe émanant du Conseil d'administration de la Fondation de France surveille la gestion qui est déléguée à des établissements gestionnaires. Ces derniers créent des fonds commun de placement et investissent leurs actifs en titre côtés. Chaque fondation abritée se voit attribuer, lors de son entrée dans le fonds commun, un nombre de parts (ou coupons) proportionnel à la valeur des biens qu'il apporte et bénéficie annuellement des revenus produits par le fonds commun au prorata du nombre de « coupons » qu'elle possède. Le système présente l'avantage de permettre un coût de gestion moindre et une meilleure répartition des risques. La philosophie du système repose sur l'idée que la Fondation de France ne peut se comporter en acteur économique¹. En outre, la conservation en valeur de la dotation se réalise par un prélèvement annuel sur les revenus de la dotation réintégré à la dotation afin d'en assurer la pérennité. De plus, le fondateur peut, s'il le désire et à condition que la dotation de sa fondation soit supérieure à trois millions francs, bénéficier d'une gestion individualisée de ses capitaux par l'établissement de son choix et pour les placements qu'il souhaite.

732. Malgré une bonne gestion de la dotation, la rentabilité des biens affectés peut parfois ne pas suffire à couvrir les dépenses engendrées par le fonctionnement de la fondation. En pareille hypothèse, la permanence de l'affectation pourrait fort bien s'accommoder d'une réduction arithmétique des bienfaits de la fondation proportionnel au déclin de la rentabilité des biens, pourvu que perdure l'essentiel, à savoir l'idée fondatrice. On atteint cependant là la frontière d'évolution au-delà de laquelle l'affectation initiale serait dénaturée.

La constatation vaut également pour la fondation autonome.

SECTION II- LA FONDATION RECONNUE D'UTILITE PUBLIQUE.

733. Erigée en sujet de droit, la fondation personnalisée tend à devenir autonome par rapport à son fondateur². Toutefois, la présence d'un contrôle constant (par le

¹ Ibid, p. 15.

² Aussi, le fondateur ne peut-il pas exercer d'action en révocation de la libéralité constitutive de la dotation initiale.

biais du droit de surveillance) ou ponctuel (à l'occasion des actes devant recueillir l'approbation ou l'autorisation de l'autorité administrative) de l'Etat supplée à l'éloignement du fondateur (paragraphe II). Le fondateur peut également, en réglant l'organisation du pouvoir au sein de l'entité qu'il a créée, s'assurer un puissant allié (paragraphe III). Dans le même temps, la personnalité morale permet à l'œuvre de se procurer d'autres ressources (donations, legs voire recettes issues de l'exercice d'activités lucratives) (paragraphe I). Ce qui n'empêchera pourtant pas la fondation reconnue d'utilité publique d'être parfois condamnée à disparaître. Quoique les hypothèses de disparition de la fondation sont exceptionnelles, il n'en est pas moins nécessaire d'envisager quelles améliorations doivent être apportées au mécanisme de dissolution de la fondation (paragraphe IV).

Paragraphe I- Des ressources de la fondation reconnue d'utilité publique.

734. Il est d'abord une manière simple d'accroître les revenus de la fondation, c'est de rentabiliser au maximum sa dotation initiale. L'enjeu ne relève alors plus réellement du Droit mais plutôt des techniques de gestion.

735. L'activité de la fondation reconnue d'utilité publique ne peut ensuite que tirer profit de l'augmentation de ses sources de revenus. Pour ce qui est du financement public, la stabilité réalisée par la conclusion de subventions pluriannuelles¹, facteur sécurisant, est un pas dans le bon sens. Mais plutôt que de compter sur le financement sur fonds publics, il est permis de se demander s'il ne serait pas davantage opportun de permettre à la fondation de se financer par l'exercice d'activités lucratives (A). En pareil cas, il y aurait lieu de repenser la fiscalité des activités lucratives (B).

A- De l'admission de la licéité de l'exercice d'activités lucratives.

736. La question de savoir si le but non-lucratif d'une personne morale pouvait s'accommoder de l'exercice d'activités lucratives a surtout été posée pour les associations². Comme les associations peuvent réaliser des bénéfices à condition de

¹ L'idée en avait été initiée par le Premier Ministre dans un article du Figaro du 16 janvier 1996.

² Cf. l'importante bibliographie sur les associations ayant une activité commerciale in Revue des sociétés 1995, p. 788. Adde Bini et Roth, La création de sociétés filiales par une association, Bulletin

ne pas les partager, elles sont apparues comme des structures alternatives au contrat de société¹. Elles attirent les entrepreneurs par leur souplesse (et en particulier, leur liberté d'organisation), leur faible coût de constitution, leur régime fiscal généralement plus favorable et la possibilité plus importante de bénéficier de subventions publiques².

737. Même lorsqu'elles n'ont pas pour objet de gérer une entreprise, les associations occupent une place importante dans la vie économique. Quoique la réalisation d'activités lucratives par les associations soit peu conforme à l'esprit des rédacteurs de la loi de 1901³, l'aptitude des associations à conduire des activités économiques s'est vue consacrée par le législateur dans la loi du 11 juillet 1985 autorisant les associations à émettre des obligations lorsqu'elles exercent une activité économique ainsi que dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui, dans son article 37, interdit à une association d'offrir des produits à la vente, de les vendre ou de fournir des services d'une manière habituelle si ces activités ne sont pas prévues dans les statuts (ce qui signifie a contrario qu'elle peut entreprendre ce type d'activité à condition d'en faire mention dans les statuts)⁴. La notion d'activité économique s'entend d'une activité concourant à la production, la transformation et la distribution de biens ou comportant l'accomplissement de prestations de services en matière industrielle, commerciale, artisanale, agricole, sociale, culturelle. L'activité économique, plus large que l'activité commerciale, inclut également les activités à caractère social⁵.

Joly, 1996, p. 657 ; V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, R.T.D. Com 1997, p. 537 et s. D. Vidal, loc. cit., infra note 3 ; 92^{ème} Congrès des Notaires de France, Deauville 12-15 mai 1996, 2^{ème} Commission, p. 180 à 260. Cf. également les articles consacrés aux associations dans le Monde du 18 avril 1998.

¹ En ce sens, D. Vidal, L'association est-elle une forme d'entreprise alternative au contrat de société ?, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 53 et s. ; E. Alfandari, Associations et sociétés : points de rencontre, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 47 et s. et spéc., p. 47.

² Sur les faiblesses de la structure associative comme acteur économique, cf. E. Alfandari, « Les associations, dérive d'une liberté », Cahiers de droit de l'entreprise, 1986, n° 5, Entretiens de Nanterre, p. 35 et s. et spéc., p. 41 ; D. Vidal, loc. cit., p. 54-55 ; V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 544.

³ En ce sens, R. Bricchet, Une association peut-elle être une personne morale commerçante ?, J.C.P 1989, I, 3385, n° 10 ; J. Delga, L'association, structure juridique possible de l'entreprise ?, La Vie judiciaire, semaine du 26 mai 1996, p. 10.

⁴ Encore que la circulaire d'application du 12 août 1987 impose le caractère accessoire des activités commerciales.

⁵ Il en a été ainsi jugé à propos d'une association gérant une maison de retraite dont les pensionnaires

738. Faut-il déduire de ces dispositions que dans l'esprit du législateur, la conception de l'association - structure d'accueil d'œuvres désintéressées est complètement dépassée ? Une telle conclusion serait un peu trop hâtive car une activité économique peut parfaitement demeurer non-lucrative¹ : lorsque l'association s'entretient dans la circulation des richesses mais produit des services à leur prix de revient ou avec une marge bénéficiaire réduite, elle exerce une activité économique qui, en l'absence de profit, échappe à la lucrativité. Il n'empêche que le plus souvent, lorsqu'elles agissent en qualité d'acteur économique, les associations sont animées par la recherche du profit.

739. Lorsqu'en particulier, l'activité économique exercée par l'association est une activité commerciale, sa licéité est âprement discutée, quand elle n'est pas qualifiée « d'hérésie juridique »².

L'association, et comme elle la fondation, ne pourraient être commerçantes puisque « dans la mesure où elle [l'association] réinvestit ses profits dans des buts conformes à son objet, elle n'opère pas en réalité à titre professionnel »³. Tout dépend, en réalité, du sens qu'il faut donner au terme de profession, employé par l'article 1 du Code de commerce. Le terme profession implique, par opposition à celui d'amateurisme, une organisation, une compétence et un but intéressé⁴. En fait, le commerçant doit chercher « à tirer un *profit pécuniaire* de l'exercice de son commerce »⁵. Dans notre hypothèse, le but intéressé, l'intention spéculative de l'association ne fait pas de doute puisque l'exercice d'une activité commerciale est justement le moyen choisi par l'association pour réaliser des profits et financer son

participaient au financement (Com., 18 juin 1985, Revue des sociétés 1986, 281). Cette idée est confirmée par la déclaration du Garde des Sceaux faite le 22 avril 1985 à l'occasion du débat sur la loi du 11 juillet 1985, loi autorisant les associations à émettre des obligations (J.O., A.N., Débats, séance du 22 av. 1985, p. 276 et s.).

¹ C'est la voie qui est préconisée par H. Blaise (Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique, in Etudes en l'honneur de Roger Houin, Sirey, 1985, p. 35 et s. et spéc, p. 49-53) : l'association ne serait ainsi autorisée qu'à se livrer à une activité économique désintéressée c'est-à-dire sans recherche de profits.

² V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 547 ; H. Blaise, loc. cit., p. 44.

³ J. Honorat, obs. sur Com., 19 janv. 1988, Rép. Déf. 1988, art. 34240, p. 594.

⁴ En ce sens, Y. Guyon, Droit des Affaires, op. cit., n° 72.

⁵ G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, tome 1, 17^{ème} éd., par M. Germain et L. Vogel, L.G.D.J., 1998, n° 137 (souligné dans le texte).

activité non lucrative. Toutefois, il est permis de se demander si l'affectation des profits à un objet désintéressé n'est pas de nature à diluer, voire à faire disparaître, l'intention lucrative. On peut penser qu'il n'en est rien dans la mesure où l'activité commerciale se caractérise uniquement par la *répétition* d'actes de spéculation à titre professionnel et indépendant. Elle n'emporte dès lors aucune exigence quant à l'affectation des profits réalisés¹. Tout juste est-il, semble-t-il, exigé que la profession commerciale procure à celui qui l'exerce les ressources nécessaires à son existence. Or, c'est là justement notre interrogation initiale : une association ou une fondation peut-elle se procurer les moyens nécessaires à sa subsistance par l'exercice d'une activité commerciale ?

A cet égard, si les arguments textuels issus de la loi du 11 juillet 1985 et de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne sont pas définitifs, la première ayant seulement pour objet de faciliter le financement des associations du fait des nécessités de l'économie sociale, la seconde ayant pour objet d'assurer l'égalité dans la concurrence des partenaires économique², la position de la jurisprudence est un peu plus éclairante. Il est acquis que l'association peut se livrer à une activité commerciale à titre accessoire, non habituel. Ainsi, l'organisation de bals publics par une association avait été reconnue licite³. Si par ailleurs l'activité commerciale est complémentaire de l'activité civile, l'association ne devient pas, pour autant, commerçante⁴. Mais, si la jurisprudence admet la licéité des activités commerciales exercées à titre habituel par les associations⁵, elle leur refuse la qualité de commerçant en leur déniaient les faveurs accordées au commerçant¹ et en leur appliquant celle de

¹ En ce sens, J. Pellerin, loc. cit., n° 66, selon qui « il y a une indépendance totale entre la répartition des résultats qui est le critère de la société et la définition de la commercialité ».

² En ce sens, V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 544 et 545. Contra, J. Delga, loc. cit., p. 10.

³ T. civ. Bressuire, 18 av. 1956, G.P. 1956, 1, 430, en appel, Besançon, 8 janv. 1969, G.P. 1969, 1, 304, et pourvoi rejeté par Com., 13 mai 1970, D. 1970, J., 644 note X.L (le comité des fêtes avait organisé 6 bals payants dans l'année). ; Com 25 nov. 1968, Bull. civ. III, n° 400 (bal annuel organisé par le Sport Olympique Carcassonnais).

⁴ En ce sens, Y. Guyon, Droit des Affaires, op. cit., n° 73. Si la fondation ou l'association exercent, en plus de leur activité civile principale, une activité commerciale secondaire mais sans lien avec la profession civile, elles devraient être considérées comme commerçantes.

⁵ V. Com., 9 déc. 1985, Bull. civ. III, n° 635, (à propos de la faculté pour une association d'exploiter un cinéma) ; T. civ. Mantes, 15 juin 1934, D.H. 1934, 503 ; T. civ. Seine, 26 oct. 1934, D.H. 1935, 31. Contra, V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 537 et s.

commerçant de fait². Ainsi, lorsque l'association a voulu se prévaloir de la qualité de commerçant, elle s'est vue refusée cette qualité. En revanche, l'association peut se voir opposer par les tiers sa qualité de commerçant³.

¹ Com., 12 fév. 1985, R.T.D. Com 1985, 777, Bull. civ. V, n° 59 ; Com., 19 janv. 1988, Bull. civ. IV, n° 33, Revue des sociétés 1988, 565, obs. S. Castro, R.T.D. Com. 1988, 420, obs. J. Derrupé et 465, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, Rép. Déf. 1988, art. 34240, obs. J. Honorat (une association ne peut donner un fonds de commerce en location gérance). Dans cette espèce, la condamnation de l'association commerçante est plus nette que dans les précédentes.

La jurisprudence se prononce également pour le refus d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, sauf dans l'hypothèse d'associations exerçant une activité économique et désireuses d'émettre des obligations, pour laquelle l'immatriculation est exigée. Une réponse ministérielle du 25 mars 1991 (J.O A.N, Débats, Q, p. 1187, R.T.D. Com. 1991, 412, obs. E. Alfandari, R.T.D. Com. 1991, 377, obs. J. Derrupé) avait pu faire naître le doute mais la Cour de cassation a réaffirmé le refus d'immatriculation des associations à plusieurs reprises depuis lors : cf. par ex., Com., 1^{er} mars 1994, D. 1994, J., 528, note M.F Coutant, J.C.P. 1995, II, 22 418, note J. Faustin Kamdem ; Com., 15 nov. 1994, D. 1994, I.R., 269, Petites Affiches, 26 juill. 1995, n° 89, p. 47, obs. D. Gibirila, R.T.D. Com. 1995, 385, obs. J. Derrupé.

Pour le refus du statut des baux commerciaux, cf. par ex., Paris, 7 mars 1989, Revue des sociétés 1989, somm., 287, obs. Y. Guyon, D. 1989, I.R., 110, J.C.P 1989, éd. E, I, 18374, J.C.P 1990, éd. E, II, 15923, n° 52, obs. J. Monéger. Pour la compétence du tribunal de commerce, cf. Com., 12 fév. 1985, R.T.D. Com 1985, 777, Bull. civ. V, n° 59 et la jurisprudence citée par M. Malaurie, Plaidoyer en faveur des associations, D. 1992, chr., p. 274 et s. et spéc., n° 16 ; adde Paris, 3 fév. 1995, Revue des sociétés 1995, somm., 367, obs. Y. Guyon ; Toulouse, 19 déc. 1995, Petites Affiches, 5 mai 1997, n° 54, p. 9, note J.M Do Carmo Silva, R.T.D. Com. 1997, 482, obs. C. Champaud et D. Danet.

² Cette jurisprudence a suscité des appréciations fort divergentes : pour certains, le législateur devrait expressément consacrer la faculté pour les associations d'exercer des activités commerciales (voeu émis par le 92^{ème} Congrès des Notaires, compte-rendu des travaux des commissions, 1^{ère} proposition, p. 70) ou des activités économiques sans être une association commerçante (R. Brichet, loc. cit., n° 17). Pour d'autres, en revanche, une lutte sans merci doit être livrée aux associations commerçantes (V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 559, H. Blaise, loc. cit., p. 49-53). Ce combat passe par le refus des subventions, le durcissement de la législation fiscale, la répression du para-commercialisme, voire l'annulation ou la dissolution de l'association commerçante (V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 559). Enfin, une troisième voie est préconisée : la création d'un groupement spécifique autorisée à exercer une activité commerciale, par exemple un groupement d'utilité sociale (C. Gerschel, Les groupements sportifs professionnels : aspects juridiques, Contribution à une nouvelle personne morale intermédiaire entre la société et l'association, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 243, 1994, préface C. Gavalda, p. 262.

³ En ce sens, v. l'intervention de M. Guyon faite à l'occasion du 92^{ème} Congrès des Notaires de France in Le monde associatif, compte-rendu des travaux des commissions, p. 75-76. Dans le même sens, H. Blaise, loc. cit., p. 43 ; V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerçante, loc. cit., p. 540 ; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, tome 1, op. cit., n° 281, qui qualifient les associations exerçant une activité commerciale de « commerçants en situation irrégulière ». Cf. également, Com., 17 mars 1981, D. 1983, J., 23, note R. Plaisant, R.T.D. Com 1981, 558, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, Revue des sociétés 1982, 124, obs. G. Sousi qui admet la preuve par livres de commerce à l'encontre de l'association gérant une boucherie rituelle ou Com., 12 fév. 1985, R.T.D. Com 1985, 777, Bull. civ. V, n° 59, qui casse l'arrêt d'appel pour n'avoir pas suffisamment justifié la commercialité d'une association qui avait été assignée en liquidation de biens devant le Tribunal de commerce par l'Administration fiscale. Selon la Cour de cassation, les juges d'appel auraient dû rechercher si l'activité revêtait un caractère spéculatif répété au point de primer l'objet statutaire. Cette formule, approuvée par certains (R. Brichet, loc. cit.), appelle quelques commentaires. Elle réalise le retour au critère depuis longtemps abandonné par la jurisprudence et la doctrine de la spéculation pour caractériser l'acte de commerce. L'idée de répétition semble, de plus, faire double emploi avec celle d'habitude ; enfin, l'écart exigé par rapport à l'objet statutaire demanderait à être précisé (en ce sens,

740. Il faut bien reconnaître que la reconnaissance de la licéité d'activités commerciales par une association est génératrice de difficultés. L'exercice d'une activité commerciale par l'association peut la placer dans une situation de « rupture d'égalité à l'égard des professionnels concurrents dans cette même activité »¹ dans la mesure où elle peut bénéficier de subventions publiques ou d'exonérations fiscales ou sociales et ainsi, pratiquer des prix plus faibles. Aussi, la circulaire ministérielle du 12 août 1987² interprète-t-elle rigoureusement la disposition de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et institue-t-elle une présomption de concurrence déloyale « lorsqu'une association s'adresse de manière habituelle à des tiers afin de réaliser un profit, en particulier lorsque le chiffre d'affaires réalisé n'est pas marginal par rapport à son activité ». Dans un récent avis du 10 février 1998³, le Conseil de la concurrence adopte une attitude plus nuancée et préfère considérer que les différences de régime juridique entre celui des associations et celui des sociétés commerciales ne peuvent être, en elles-mêmes, constitutives d'atteinte au libre jeu de la concurrence. La jurisprudence se montre, quant-à-elle, particulièrement hésitante⁴.

741. Il est nécessaire de prendre parti sur la controverse étant entendu que la similitude des finalités des associations et des fondations reconnues d'utilité publique induit celle de leur traitement juridique⁵. En l'état actuel de la pratique administrative, les fondations reconnues d'utilité publique ne peuvent, selon le Conseil d'Etat, exploiter directement une entreprise commerciale ou industrielle quand bien même

E. Alfandari et M. Jeantin, R.T.D. Com. 1981, 558).

¹ M. Malaurie, loc. cit., p. 276. Pour cette dernière, l'association peut exercer une activité commerciale non constitutive de concurrence déloyale lorsqu'elle mène une activité spécifique *soit* qu'elle offre sur le marché des produits ou services spécifiques *soit* qu'elle ne fait bénéficier de ses services ou produits que ses membres *soit* enfin que menant une activité commerciale et désintéressée, elle affecte les bénéfices de son activité commerciale à son activité désintéressée.

² J.O 23 août 1987, p. 9704.

³ Avis 98-A-02 relaté in Revue des sociétés 1998, p. 825.

⁴ En faveur de la qualification de concurrence déloyale, cf. Crim., 10 juin 1991, Bull. crim., n° 246, D. 1991, I.R., 228, R.T.D. Com 1991, 606, obs. E. Alfandari et M. Jeantin (association de randonnées exemptée de charges fiscales et bénéficiant de subventions importantes qui vendait à titre habituel des cartes géographiques, activité para-commerciale illicite) ; Crim., 19 oct. 1992, Revue des sociétés 1993, 625, note S. Castro, Bulletin Joly 1993, 625, note Y. Mayaud et G. Sousi (association se livrant à des opérations à caractère commercial) ; contra, Paris, 20 janv. 1973, D. 1974, J., 61, conclusions J. Cabannes ; Paris, 26 mai 1967, G.P. 1967, 2, 246, note R. Blancher, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1968, 50, obs. A. Lavagne.

⁵ C'est pourquoi le fait que la disposition de l'ordonnance de 1986 sur la réglementation des prix et de la concurrence n'ait pas été étendue aux fondations peut étonner.

ces produits seraient affectés à la réalisation de l'objet désintéressé¹ mais elles peuvent, le cas échéant, recourir à la filialisation².

La pratique du Conseil d'Etat devrait-elle être assouplie pour permettre aux fondations reconnues d'utilité publique d'exercer à titre principal une activité commerciale ? Il semble d'abord que le principe de spécialité légale ne constitue pas un obstacle dirimant à la licéité d'une activité commerciale. Il nous est apparu, en effet, que la fondation devrait être capable d'accomplir tous les actes qui ne sont pas incompatibles avec son but d'intérêt général³. Or, l'exercice d'une activité commerciale, en lui-même, n'entrave pas la poursuite du but d'intérêt général ; bien au contraire, il permet de l'atteindre plus sûrement en fournissant à la fondation des ressources complémentaires. Par ailleurs, si on a pu dénoncer, avec justesse, le fait qu'en autorisant les associations à exercer des activités lucratives, il serait difficile de faire le départ entre une association et une société⁴, le danger de confusion entre société et fondation n'est pas à craindre dès lors que la fondation n'étant pas l'émanation d'un groupement de personnes, elle ne comporte pas d'organisation permettant d'assurer la représentation des entrepreneurs, la maîtrise de l'action. La fondation ne pourrait donc pas convenir à des entrepreneurs désireux de mettre en commun leurs capitaux ou leur industrie pour mener à bien un projet commun. Elle ne se présente pas moins comme une structure très sûre, essentiellement du fait de sa

¹ Cf. avis n° 284775 du 20 mars 1962 préc.

² Pour un exemple, cf. Paris, 9 mars 1999, *Revue des sociétés* 1999, somm., 411, obs. Y. Guyon, D. 1999, I.R., 107, *Dalloz Affaires* 1999, 835, note M. B., *Bulletin Joly* 1999, 644, obs. A. Couret. Dans cette espèce, il était question d'une fondation reconnue d'utilité publique, la fondation communautaire pour l'enseignement et l'éducation, qui se trouvait détenir 99 % du capital d'une société anonyme, laquelle était une société holding détenant des participations majoritaires dans plusieurs sociétés importantes.

³ Cf. supra, n° 114. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 9 mars 1999 précité a d'ailleurs fait une application intéressante du principe de spécialité à propos du cautionnement par le président d'une fondation d'une filiale de celle-ci, puisqu'elle décide que « le but de la fondation, rédigé de manière peu précise dans les statuts, doit être interprété dans le contexte économique de son fonctionnement ; que la fondation peut aider matériellement toute personne physique ou morale pouvant concourir à l'un de ses buts et participer à la gestion de toute société dont le but est conforme à son objet ; que compte tenu de ce contexte, cette possibilité d'aide matérielle et de participation à la gestion inclut les sociétés commerciales contribuant par leur position de filiales au financement de la fondation ; que la garantie est donc, au moins indirectement, conforme à son objet ». C'est pour le moins une interprétation extensive de l'objet statutaire de la fondation. De cette motivation on est d'ailleurs amené à déduire que s'il s'était agi d'une fondation dont l'objet n'est pas de venir en aide matériellement à autrui, l'opération de cautionnement aurait été jugée illicite.

⁴ Cf. par ex. l'intervention de M. Leveneur au 92^{ème} Congrès des Notaires (compte-rendu des travaux des commissions, p. 77). Sur la distinction entre associations et sociétés, cf. F. Terré, *La distinction de l'association et de la société en droit français*, Mélanges Secrétan, 1964, p. 325 et s.

stabilité, pour héberger une entreprise unipersonnelle, voire la majorité du capital social d'une société.

On ne saurait ignorer, toutefois, que la poursuite d'une activité industrielle ou commerciale par la fondation lui fait courir le risque de se désintéresser de l'œuvre d'utilité publique pour se consacrer en priorité à son activité commerciale ou industrielle. C'est la raison pour laquelle si l'on peut juger inopportun d'autoriser les fondations reconnues d'utilité publique à se livrer à l'exploitation d'un fonds industriel ou commercial¹ et plus généralement à des activités lucratives de manière habituelle, il est possible de tolérer, en revanche, l'accomplissement, à titre dérogatoire, par la fondation d'une activité économique voire commerciale à titre isolé et accessoire. Pour les activités commerciales plus conséquentes, le recours à la filialisation s'impose². Dans cette perspective, la notion d'accessoire reste à définir. Elle trouverait sans doute son expression la plus sûre dans la comparaison des ressources engendrées par les actes payants accessoires et le volume global des ressources de la fondation. Ainsi, une fondation pourrait tirer profit de la vente d'ouvrages édités par elle dès lors que les recettes issues de cette activité ne représenteraient qu'une faible partie de son budget.

Même accompli à titre accessoire, l'accomplissement d'actes payants est fiscalement imposable.

B- La fiscalité des ressources de la fondation.

742. S'il est un élément frappant dans le régime fiscal des fondations reconnues d'utilité publique, c'est sans conteste son absence de spécificité. Or, il peut paraître étrange que la fondation fonctionnant selon une formule différente de l'association lui soit assimilée³. En effet, fondée sur la base de la capitalisation des biens et non sur l'espoir de cotisations nombreuses, la fondation pourrait prétendre à plus d'avantages en terme de fiscalité. C'est en fait la modification de l'article 206-5 du C.G.I, en

¹ Elles ne sauraient posséder, au titre de leur dotation initiale, une entreprise industrielle ou commerciale.

² C'est également la solution proposée par certains auteurs (cf. V. Grellière, De l'illicéité ou non de l'association commerciale, loc. cit., p. 560). Une réponse ministérielle (J.O Sénat, 2 fév. 1995, Débats, Q, p. 279) adopte cependant une position restrictive en conditionnant la création d'une E.U.R.L par une association à la conformité de l'objet social de l'EURL à celle de l'association et en enfermant l'exercice de l'activité commerciale dans les mêmes limites que celles de l'association.

³ En ce sens, 92^{ème} Congrès des Notaires de France, op. cit., p. 553.

application duquel les revenus immobiliers, mobiliers, fonciers ou forestiers des fondations sont assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux réduit, qui appelle réflexion, et plus précisément la substitution d'un mécanisme d'exonération pure et simple des revenus du patrimoine au dispositif actuel d'abattement de 100.000 Francs sur le montant de l'impôt sur les sociétés au taux réduit institué par l'article 219 III du C.G.I.

743. A la vérité, la proposition n'est pas nouvelle. L'idée est acceptée par la plupart des législations étrangères sous réserve de quelques particularités nationales¹. En Suède, par exemple, si elle contribue à certains objets d'intérêt général (défense nationale, soin et éducation des enfants, enseignement ou éducation de la jeunesse, charité ou recherche scientifique) et consacre au moins 80 % de ses revenus normaux (revenus du patrimoine ou revenus provenant d'activités lucratives complémentaires) à son objet désintéressé, la fondation bénéficie de l'exonération de ses revenus du capital. En Allemagne, les fondations d'utilité publique dont les finalités correspondent à celles déclarées d'utilité publique par la loi générale sur les impôts sont exonérées des impôts directs et notamment de l'impôt sur les sociétés sur les revenus de leur patrimoine, si toutefois la gestion de la fondation tend directement à la réalisation de l'objet de la fondation. Aux Etats-Unis, les fondations ne sont pas passibles de l'impôt fédéral sur les sociétés, sauf lorsqu'elles exercent une activité lucrative à titre principal sans relation avec l'objet statutaire de la fondation.

Le législateur français avait, lui aussi, pendant un temps, envisagé cette possibilité². Au cours de l'élaboration de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, il avait été, en effet, question d'exonérer totalement d'impôt sur les sociétés les revenus du patrimoine de la fondation³. Si à l'exonération des revenus de la dotation a été préféré un abattement global forfaitaire de 100 000 Francs, c'est en raison de la difficulté technique à distinguer les revenus de la dotation des autres revenus de la fondation, en particulier pour les fondations anciennes⁴. De

¹ Sur cette question, cf. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, rapport préc., annexe IV, p. 195 et s. ; Les régimes juridiques étrangers, in *Le Droit des fondations en France et à l'étranger*, op. cit., p. 63 et s. ; P. Beltrame, loc. cit., p. 69 et s.

² Des praticiens l'y avaient d'ailleurs invité : cf. par exemple, M. Pomey, *La réforme des associations et fondations*, *La Revue administrative* 1982, p. 28 et s. et spéc., p. 31.

³ Article 8 du projet de loi n° 185 (J.O 1986-1987).

⁴ Intervention de M. Trémège, rapporteur, séance de l'Assemblée nationale du 7 juillet 1987, J.O 1987,

plus, si l'on en croit la commission des finances du Sénat¹, l'abattement de 100 000 Francs consenti aux fondations équivaldrait au coût budgétaire occasionné par l'exonération totale des revenus de la dotation (coût estimé pour l'année 1988 à 30 millions de francs)².

744. Dans ces conditions, une autre voie mérite d'être explorée. Il est ainsi permis de se demander si l'imposition au taux réduit de 24 % et l'abattement de 100.000 F. sur les revenus patrimoniaux de la fondation ne devraient pas être maintenus lorsque la fondation finance ses activités d'intérêt général au moyen d'une activité lucrative accessoire. La plupart des législations fiscales étrangères y consentent. Ainsi, en Allemagne, l'exonération d'impôt sur les sociétés subsiste lorsque la fondation accomplit une activité lucrative s'inscrivant dans le prolongement de son objet social et dans la limite d'un chiffre d'affaires annuel de 60 000 Deutsche Marks. L'exonération des revenus issus d'activités commerciales complémentaires avec l'objet désintéressé est également pratiquée au Canada, aux Pays-Bas, en Belgique ou aux Etats-Unis moyennant quelques exigences supplémentaires pour certains d'entre eux³. La législation fiscale française sait sans doute faire profiter les fondations de mesures de faveur lorsqu'elle permet aux fondations d'échapper à l'assujettissement aux impôts commerciaux mais elle en conditionne le bénéfice au caractère désintéressé de la gestion et à l'utilité sociale de l'activité (qui suppose, rappelons-le, des activités profitant à des personnes défavorisées ou la pratique de prix plus favorables que ceux pratiqués par le marché)⁴. Il s'agit alors de déterminer si les conditions de non-assujettissement aux impôts commerciaux devraient être assouplies et, en particulier, si la condition d'utilité sociale de l'activité ne devrait pas être supprimée. De la condition d'utilité sociale, il résulte, en effet, que les activités lucratives de la fondation ne peuvent pas concurrencer les activités similaires des

Débats, p. 3707.

¹ Rapport n° 237 de M. Neuwirth au nom de la Commission des finances du Sénat, J.O 1987, Doc., Sénat, p. 92.

² Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 110, qui propose d'étudier l'incidence budgétaire qu'aurait l'exonération totale des revenus de la dotation initiale.

³ Le caractère accessoire des activités lucratives est l'une de ces exigences pour les Etats-Unis et pour la Belgique.

⁴ L'Administration fiscale permet également à la fondation d'être imposée à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun sur les *seuls* résultats du secteur lucratif en cas de sectorisation par la fondation de ses activités lucratives (cf. supra, n° 650).

entreprises du secteur marchand. Par la-même, la recherche de profits par les fondations est condamnée et en conséquence, le financement de la fondation par la poursuite de cette activité s'en trouve largement compromis. Sans doute est-ce parce que les fondations se trouvent hors du secteur marchand qu'elles trouvent grâce aux yeux de la législation fiscale mais lorsque les revenus de leur activité lucrative sont entièrement réinvestis dans l'œuvre d'intérêt général et qu'ils présentent un caractère accessoire, on peut penser que les fondations mériteraient une certaine bienveillance de la part de la législation fiscale.

745. Tout cela ne saurait aller sans un contrôle de l'Administration fiscale : il va sans dire que les fondations ne sauraient frauder le fisc en profitant des avantages fiscaux pour pratiquer des prix plus faibles. Il convient de se demander si, à ce contrôle - nécessairement a posteriori-, ne devraient pas s'ajouter des contrôles a priori, à l'instar de ceux qui existent déjà.

Paragraphe II- Du devenir des modalités de contrôle sur la vie des fondations.

746. La structure personnalisée de la fondation reconnue d'utilité publique tente de réaliser un équilibre entre le caractère privé du service et sa finalité d'intérêt général. Mais cet équilibre fragile risque parfois d'être rompu par une emprise trop prégnante de l'Etat sur les fondations qui laisse redouter une tentative d'annexion des fondations par l'Etat. La tendance est déjà amorcée par la création de la fondation du patrimoine¹.

747. Dans la mesure où le contrôle étatique sur les fondations nous est apparu fondé², il reste à déterminer jusqu'à quel point ce contrôle de l'Etat demeure compatible avec l'autonomie de la fondation, personne morale de droit privé. Pour ce faire, après nous être interrogé sur le devenir de la tutelle administrative sur les fondations (I), il faudra envisager les autres formes de contrôle des fondations (II).

¹ Cf. supra, n° 679 et s.

² Cf. supra, n° 445 et s.

I- Le devenir de la tutelle administrative des fondations.

747 bis. Le devenir de la tutelle administrative ne peut être utilement appréhendé qu'à travers les mesures de tutelle les plus prégnantes, à savoir le contrôle a priori. De fait, les principales critiques portent sur le contrôle interne des fondations par l'autorité administrative. Aussi, après avoir considéré le fondement du contrôle interne exercé par l'Administration (A), nous devons en apprécier l'opportunité (B) et proposer, le cas échéant, un système de remplacement (C).

A- Le fondement du contrôle interne des fondations.

748. Une tendance de plus en plus prononcée à contester l'utilité de la participation de représentants étatiques au sein du Conseil d'administration de la fondation reconnue d'utilité publique se fait jour. Plus qu'une question de légitimité, c'est la signification et la portée de cette présence qui se trouve au cœur de la polémique.

La présence de représentants de l'Etat au sein de l'organe de direction des fondations n'a pas pour raison d'être qu'une survivance de l'histoire ; elle se fonde à égal degré sur l'idée de contrôle préventif tiré d'un esprit de défiance à l'égard des administrateurs de la fondation (a) et sur une volonté de collaboration entre l'Etat et la fondation (b).

a- La participation de l'Etat au Conseil d'administration de la fondation : une forme de contrôle à but de police.

749. En participant aux séances de l'organe de direction de la fondation, les représentants de l'Etat jouent d'abord le rôle de « gendarme » à la recherche des infractions. Dans cette optique, les représentants de l'Etat vont s'assurer du respect par la fondation des prescriptions légales et réglementaires mais également de celui de ses statuts. La présence de représentants au sein du Conseil d'administration apparaît ainsi comme une garantie du respect de la volonté du fondateur, telle qu'elle s'est exprimée dans les statuts. Comme, de plus, cette volonté a vocation à agir de manière durable, l'Etat a intérêt à s'assurer de l'adéquation de cette volonté à un besoin d'utilité publique. Dans la mesure où le temps passant, il y a risque d'antagonisme entre la volonté du fondateur et la notion d'utilité publique, l'utilité de la présence de représentants de l'utilité publique transparaît.

L'Etat peut également, en déléguant ces représentants au sein des organes directeurs de la fondation, vouloir se comporter en tuteur orientant l'activité de la fondation dans le sens de l'intérêt général.

b- La participation de l'Etat au Conseil d'administration de la fondation : illustration du contrôle moderne de l'Etat sur les organismes d'intérêt général.

750. La présence de l'Etat au Conseil d'administration de la fondation participe également de l'idée de collaboration nécessaire entre l'Etat et les fondations. Dans cette mesure, les représentants de l'Etat ont vocation à apprécier *l'opportunité* des actions menées par la fondation. Cette appréciation de l'opportunité des décisions initiées par le Conseil d'administration a pour but d'empêcher celui-ci de prendre des décisions préjudiciables au fonctionnement de la fondation. La participation de l'Etat au Conseil d'administration a également pour objet d'informer les fondations des opérations entreprises par l'Etat dans le domaine d'activité de la fondation afin de parvenir à une complémentarité des actions entre les services publics de l'Etat et la fondation². Le dialogue entre les pouvoirs publics et le Conseil d'administration de la fondation est d'autant plus fructueux que le collège des représentants de l'Etat comporte des représentants des différents ministères concernés par l'activité de la fondation, ce que reflète l'expression de « pluriministériarité » de la tutelle³.

Mais la difficulté du système réside toute entière en ce que nul ne sait si cette forme de tutelle d'opportunité a pour but de faire primer le point de vue de l'Etat afin que le Conseil d'administration agisse dans le sens défini par les pouvoirs publics. Si en droit, la composition tripartite du Conseil d'administration semble empêcher la prééminence de l'Etat, il n'est pas douteux qu'en pratique, l'autorité administrative dispose des moyens de faire prévaloir son opinion. On a pu exprimer cette opinion à propos des associations. Ainsi, selon M. Garrigou-Lagrange, « dans la mesure où des fonctionnaires sont désignés, non pas intuitu personae, mais à raison de leur fonction, pour participer avec voix délibérative aux séances de l'assemblée générale ou du Conseil d'administration d'une association, il faut bien admettre que leur présence a

¹ En ce sens, M. Pomey, *Le mécénat et les fondations*, Rapport établi pour A. Malraux, loc. cit., p. 19.

² Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, op. cit., p. 56.

³ Ibid, p. 56.

pour but de faire valoir le point de vue de l'administration, et d'infléchir en ce sens les décisions à prendre »¹.

Le comportement actuel des représentants de l'Etat au sein du Conseil d'administration des fondations traduit également leur malaise. D'où la nécessité d'apprécier le contrôle interne effectué par l'Administration.

B- Essai d'appréciation du contrôle interne des fondations.

751. On pourrait penser que le contrôle interne de l'autorité administrative, puisque prévenant toute décision préjudiciable à l'intérêt général et à la fondation, est plus efficace que les contrôles a posteriori, qui ne peuvent que sanctionner a posteriori ces décisions. Pourtant, l'efficacité de ce contrôle est loin d'être établie.

Une étude récente² menée auprès des représentants actuels de l'Etat au Conseil d'administration des fondations montre en effet que le rôle d'agent de tutelle n'est pas toujours compris ni même souhaité par ceux-ci. Ainsi, les préfets délégués au Conseil d'administration s'interrogent sur leur rôle exact au sein du Conseil d'administration. Il y a en effet une grande différence entre remplir la fonction de membre ordinaire du Conseil d'administration et jouer le rôle de représentant des pouvoirs publics. Certains représentants de l'Etat avouent même avoir quelques difficultés à gérer leur double qualité de membre du Conseil d'administration et de tuteur (au sens large de tutelle de légalité et de tutelle d'opportunité) des fondations. En particulier, les agents de tutelle ont du mal à concevoir qu'ils puissent sanctionner a posteriori une décision qu'ils ont accepté de prendre au sein du Conseil d'administration³. Le rôle de contrôleur interne de la fondation est tellement mal vécu par les représentants de la puissance publique que ces derniers préfèrent s'abstenir de siéger au Conseil d'administration⁴. Mieux encore, il apparaît que la présence du collège des représentants de l'Etat n'accroît pas l'efficacité du contrôle à but de police et n'est utile que dans sa fonction

¹ Thèse préc., p. 251.

² Cf. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 55.

³ Qu'en est-il de plus de la responsabilité des représentants de la tutelle ? La responsabilité de l'autorité tutelle peut être engagée en cas d'exercice défectueux du pouvoir de tutelle, et ce quel que soit l'acte considéré, qu'il s'agisse d'un acte négatif ou d'acte positif. Cependant, elle ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde (cf. par ex. Conseil d'Etat, 1^{er} déc. 1954, Ville de Rambouillet, D. 1954, 771 ; Conseil d'Etat, 23 juillet 1976, Ville de Douai, Lebon, 383). Sur la question de la responsabilité du fait des actes de tutelle, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 386 et s.

⁴ Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 55.

d'information et de dialogue entre la puissance publique et la fondation.

752. Si pratiquement, le contrôle interne de l'Etat se révèle d'une grande complexité de mise en œuvre, il est encore plus critiquable au plan des principes : il fournit, en effet, aux pouvoirs publics l'occasion de s'introduire dans la vie de la fondation et de déterminer les grandes orientations de l'organisme, portant ainsi atteinte à son autonomie. Pour M. Demichel, le contrôle de l'Etat, lorsqu'il supprime l'autonomie de l'organisme qui y est soumis, fait dégénérer celui-ci en organisme public¹. Sans aller jusque là, la participation de l'Etat, lorsqu'elle se traduit par la maîtrise des organes de direction de la fondation par l'autorité administrative, caractérise une subordination organique de la fondation incompatible avec l'idée même de tutelle².

753. De par les dangers latents d'assujettissement de la fondation à la puissance publique qu'elle fait peser sur la fondation³, la présence de l'Etat au sein du Conseil d'administration est condamnable⁴. Ce point étant acquis, reste à imaginer des procédés de contrôle de substitution destinés à faire contrepoids à la disparition du contrôle interne de l'Etat.

C- Système de remplacement proposé.

754. On peut d'abord songer à compenser la disparition du contrôle interne de l'Etat par l'extension des actes soumis à approbation préalable mais la tutelle administrative par son hétérogénéité permet davantage de souplesse et offre de plus amples possibilités. C'est plutôt vers un assouplissement et une clarification des

¹ Thèse préc., p. 621 ; cf. dans le même sens, L. Michoud, op. cit., tome 2, n° 305 ; pour la critique de cette conception, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 282 et s. Selon cet auteur, le défaut d'autonomie n'est pas caractéristique des personnes publiques.

² Sur l'idée que l'autonomie organique de l'établissement privé est un critère nécessaire mais non suffisant du rapport de tutelle, cf. S. Regourd, thèse préc., n° 302 et s. Sur les dangers que recèle le contrôle par la puissance publique, cf. les déboires rencontrées par la fondation Vasarely et relatés par C. Debbasch, Les risques de la tutelle publique sur les Fondations en France, Le cas de la fondation Vasarely 1981-1986, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, op. cit., Annexe I, p. 123 et s.

³ Ce danger apparaît plus pressant encore lorsque l'organisme est financé à l'origine par des fonds publics.

⁴ Cf. cependant, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 58, qui propose de laisser aux fondateurs la possibilité de prévoir la présence de l'Etat au Conseil d'administration. Selon le Conseil d'Etat, dans le cas de participation substantielle des pouvoirs publics au financement de la fondation ou encore dans les domaines stratégiques pour l'Etat, la participation étatique au Conseil d'administration pourrait être opportune.

mesures de contrôle a priori (a) et corrélativement vers une intensification des mesures de contrôle a posteriori (b) que devraient être engagées les réformes.

a- La simplification et la clarification nécessaires des mesures de contrôle a priori.

755. Il n'y a pas lieu, selon nous, de revenir sur les actes soumis à l'heure actuelle à autorisation ou approbation préalable. Les actes soumis à approbation préalable sont, en effet, peu nombreux et susceptibles d'être gravement préjudiciables à la pérennité de l'organisme. Portant sur l'appauvrissement de la fondation (actes de disposition)¹, son enrichissement (autorisation préalable des donations et legs) ou sur l'agencement des pouvoirs au sein de la fondation (approbation préalable de la modification des statuts et approbation du règlement intérieur et de ses modifications ultérieures²), ces contrôles a priori ne compromettent pas, puisque ponctuels et très rares, l'autonomie de la fondation³. De plus, si l'autorité de tutelle peut refuser d'autoriser une libéralité ou un acte de disposition, elle ne peut, aux lieu et place de la fondation, prendre l'initiative de ces décisions, ni a fortiori les imposer.

756. Parce qu'elle nous a semblé justifiée par la protection de la fondation, il ne peut s'agir de supprimer purement et simplement l'autorisation administrative préalable des libéralités mais seulement de l'assouplir. Mais il importe avant tout de clarifier les choses et de lever l'ambiguïté dont est entourée la notion de dons manuels. Nous avons, pour notre part, considéré que les dons manuels soustraits par la pratique administrative à l'exigence d'une autorisation préalable devaient être

¹ En théorie, les actes de disposition ne sont soumis à autorisation préalable que si les statuts de la fondation le prévoient (article 5, décret du 13 juin 1966). En pratique, le Conseil d'Etat fait de cette stipulation statutaire une condition d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique (cf. supra, n° 656). Il serait souhaitable que l'autorisation préalable de ces actes soit rendue juridiquement obligatoire : en ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 76, qui suggère de supprimer la référence aux statuts faite par l'article 5 du décret du 13 juin 1966.

² Cf. cependant, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 75, qui propose de laisser aux fondations la liberté de se doter ou non d'un règlement intérieur et d'y apporter à sa guise les modifications sans approbation préalable de l'autorité de tutelle. Cette proposition est à notre sens dangereuse dans la mesure où pour le biais du règlement intérieur, les fondateurs peuvent être tentés d'introduire des règles contrariant les dispositions contenues dans les statuts.

³ Dans son rapport public de 1999, la section de l'intérieur du Conseil d'Etat a rappelé que la modification des statuts soit effectuée par décret pris après avis du Conseil d'Etat car il y a là, selon lui, ce qui est le propre d'une fondation reconnue d'utilité publique (rapport public du Conseil d'Etat 1999 préc., p. 73).

entendus comme portant sur des biens mobiliers d'une valeur modique. Seule l'importance minime de ces dons et la difficulté pratique pour l'Administration de les déceler justifient en effet qu'ils échappent à une autorisation administrative préalable.

Dans une optique de clarification, il serait également bon de susciter une nouvelle rédaction de l'article 910 du Code civil soustrayant ces biens mobiliers d'une valeur modique du champ de l'autorisation administrative d'accepter¹.

757. On ne saurait, de plus, ignorer que, du fait de sa longueur, l'autorisation administrative préalable des donations et legs prive la fondation de ressources d'un montant parfois appréciable. Aux fins d'assouplissement de la procédure d'autorisation administrative d'accepter les libéralités, le Conseil d'Etat a proposé d'instituer une procédure d'autorisation implicite d'acceptation des libéralités au delà d'un certain délai². D'autres ont suggéré de soustraire à l'autorisation administrative préalable les libéralités d'un faible montant³. Le mécanisme d'approbation implicite est par trop rigoureux pour susciter l'approbation en ce qu'il porte le risque d'aboutir à autoriser des libéralités qui peuvent s'avérer dangereuses pour les fondations. Fixer un montant en deçà duquel les libéralités ne doivent plus être acceptées ne nous paraît pas davantage constituer la panacée, dans la mesure où quoique d'un montant peu élevé, la libéralité peut, du fait des charges dont elle est grevée, contrevenir à la spécialité de la fondation récipiendaire, ou lui imposer des charges trop onéreuses. En réalité, la procédure d'autorisation administrative des libéralités se trouvera déjà suffisamment assouplie par la suppression de la réserve administrative puisque cette réforme induit l'abandon de la longue et complexe procédure d'interpellation des héritiers du disposant⁴.

758. Dans le même esprit, l'autorisation administrative requise pour l'aliénation des biens composant la dotation initiale peut apparaître comme un obstacle à la gestion correcte de la dotation initiale. Aussi, l'autorité administrative excepte-t-elle

¹ En ce sens, Le mécénat, rapport du Conseil économique et social, 1982 par J. Salvanes, Annexe II, Proposition de loi tendant à favoriser le développement du mécénat et de la vie associative, p. 213.

² Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 72.

³ En ce sens, M. Pomey, La réforme des associations et fondations, loc. cit., p. 30, qui propose de supprimer l'autorisation administrative d'accepter des libéralités non grevées de charges et de conditions.

⁴ Cf. supra, n° 468.

du champ de l'autorisation administrative les actes d'aliénation des valeurs mobilières suivis de emploi, dans le cadre de la gestion normale d'un portefeuille de valeurs mobilières. On peut penser que tous les actes d'aliénation n'amputant pas la substance, la quotité de la dotation initiale, c'est-à-dire tous les actes d'aliénation consentis sous condition d'acquisition d'un autre bien intégrant la dotation initiale, devraient bénéficier de la même faveur. Quant aux autres actes soumis à autorisation préalable c'est-à-dire les hypothèques, les emprunts, l'aliénation des biens dépendant de la dotation initiale sans emploi du produit aux mêmes fins (ce qui sera par exemple le cas lorsque le produit de la vente du bien n'est pas affecté à la dotation initiale), il est préférable qu'ils continuent à être autorisés par l'autorité administrative. Ces actes, du fait de leur gravité, ne seront d'ailleurs envisagés par la fondation qu'en dernière extrémité. La procédure d'autorisation préalable de ces actes n'étant en principe engagée que très rarement¹, il ne paraît pas utile dans ces conditions d'envisager son assouplissement.

759. Les mesures de tutelle constitutifs du contrôle a priori ne se limite pas à un pouvoir d'autorisation ou d'approbation de certains actes. Elles comportent également une faculté de substitution qui autorise l'autorité de tutelle à accomplir un acte qui aurait dû l'être par l'institution privée sous tutelle. Cette faculté de statuer, qui limite l'autonomie de la personne privée, est connue du Droit local d'Alsace-Moselle. Ainsi, en cas d'urgence, l'autorité de surveillance dans le ressort de laquelle siège la fondation doit pourvoir à la vacance des membres défunts de l'organe de direction lorsque le quorum n'est plus atteint (article 86 et 28 du Code civil local). Encore ne s'agit-il là que d'une situation temporaire, cette nomination n'ayant d'effet que jusqu'à ce que la régularisation soit opérée et qu'il soit pourvu à une nouvelle nomination conformément aux dispositions statutaires. Dans certains systèmes juridiques comme celui du droit suisse, l'autorité de tutelle dispose de pouvoirs plus importants comme celui de révoquer les organes de la fondation, et engage sa responsabilité en cas d'inexécution de ses pouvoirs de tutelle.

760. Il ne saurait être question d'introduire en Droit français cette forme de

¹ Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 76, qui propose d'adopter un régime d'autorisation implicite d'acceptation et de fixer un seuil financier en deçà duquel les actes de disposition seraient autorisés directement par le commissaire du gouvernement.

contrôle a priori qui paraît très prégnante et par là, trop limitative de la liberté d'action de la fondation. Aussi, c'est plutôt dans l'intensification des mesures de contrôle a posteriori sur la fondation que paraît devoir être trouvée l'alternative à la suppression du contrôle interne des fondations. De telles mesures parviendraient, en effet, à faire coexister harmonieusement l'autonomie de la fondation et le nécessaire contrôle de l'intérêt général par l'Administration.

b- L'intensification souhaitable des mesures de contrôle a posteriori.

761. A l'heure actuelle, les autorités de tutelle détiennent un pouvoir de surveillance permanent (sous forme d'un droit de communication de toutes pièces qu'elles jugent utiles ou sous forme d'inspections sur place) qui leur permet d'obtenir une information globale sur le fonctionnement de la fondation.

Sur cette mesure de contrôle générale, en pratique plus platonique que réelle, viennent se greffer des contrôles spéciaux tels les transmissions de comptes et de divers documents au Préfet et aux différents ministères de tutelle. La portée de ce contrôle et son éventuelle sanction ne sont pas déterminées, puisque prévues par aucun texte¹. Tout juste sait-on qu'il ne donne pas au Préfet le droit d'approuver les comptes. On ne peut que se féliciter de cette précision dans la mesure où l'approbation des comptes d'une personne privée par une personne publique rapproche l'organisme contrôlé d'une personne publique, plus précisément d'un établissement public. D'ailleurs, le Droit positif contemporain est marqué par un recul du pouvoir d'approbation des budgets des entreprises publiques. S'il ne saurait y avoir lieu pour l'autorité de tutelle d'approuver ou de rejeter les comptes, la faculté que l'autorité de tutelle sollicite une deuxième délibération du Conseil d'administration est davantage concevable.

La récente étude du Conseil d'Etat met par ailleurs en exergue la perplexité des fonctionnaires en charge du contrôle quant à la question de savoir quelle est l'étendue de leur pouvoir². Il apparaît ainsi, selon ce rapport, que les fonctionnaires ignorent si le contrôle effectué se limite à un contrôle de légalité ou peut porter sur l'opportunité des actions entreprises par les fondations. Si contrôle de l'opportunité il devait y

¹ L'article 8 des anciens statuts-types de 1896 (in M. Pomey, traité préc., p. 379 et s.) prévoyait que « les comptes de sa gestion sont soumis à approbation préfectorale ». Les modèles de statuts qui ont suivi n'ont pas repris cette disposition.

² Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 63.

avoir, les préfetures avouent leur difficulté à déterminer des critères « de bonne gestion » qui permettraient notamment de connaître le seuil de pourcentage du budget susceptible d'être affecté aux frais de fonctionnement de la fondation et aux frais de publicité. Elles ont également quelques difficultés à apprécier l'opportunité de filialisation des activités lucratives menées par les fondations¹. La difficulté s'accroît du fait de l'inadéquation des ratios de comptabilité classique à la spécificité des fondations.

A ces difficultés de principe, s'ajoutent selon l'étude menée par la section des études du Conseil d'Etat des défaillances dans la mise en œuvre du contrôle a posteriori trouvant leur origine, soit dans l'attitude des fondations qui ne satisfont pas à leurs obligations de transmission ou s'en acquittent de manière tardive donc sans aucune utilité², soit dans celle des Préfectures qui ne disposent pas des moyens en personnel suffisants ou de personnel spécialisé. C'est la question de la sanction qui est ici en jeu : on sait que depuis peu, une circulaire enjoint aux Préfets d'adresser aux fondations récalcitrantes une lettre de rappel et d'engager la procédure de retrait de la reconnaissance d'utilité publique en dernier lieu³ mais du fait du caractère irréversible de la sanction, on peut craindre que les préfetures hésitent à la mettre en œuvre. Dans cette optique, il y aurait lieu d'envisager des sanctions intermédiaires (par exemple sous forme d'amendes)⁴. Mais avant tout, l'efficacité du contrôle suppose que soit déterminé un délai de transmission des documents comptables⁵. En effet, l'utilité du contrôle a posteriori ne pourra se faire sentir que si l'autorité de tutelle est mise en mesure d'examiner en temps utile la gestion de l'association et de proposer les réformes qu'elle jugera, en fonction de son expérience, opportune.

762. Si l'autorité de tutelle se trouve confrontée à de telles difficultés, c'est en partie du fait de l'absence de texte précisant la nature et la portée du contrôle a posteriori. Aussi, si le législateur devait à nouveau reprendre son ouvrage sur les

¹ Ibid, p. 64.

² Selon l'étude menée par le Conseil d'Etat (op. cit., p. 62 et s.) dans le département du Nord, trois fondations sur les huit existantes se prêtent au jeu. Dans le département de Paris et du Nord, les préfetures se plaignent de ne recevoir les comptes qu'en début d'année « n+2 ».

³ Le Conseil d'Etat le préconisait déjà (rapport préc., p. 63).

⁴ Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 63.

⁵ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 63, qui propose de fixer à deux mois le délai de transmission des documents comptables.

fondations, ce que nous préconisons, il devrait à la fois indiquer le pouvoir de contrôle des autorités de tutelle sur les documents comptables mais également la nature de ce contrôle et sa sanction.

Il est permis de penser que le contrôle de la gestion de la fondation ne devrait porter que sur la légalité de l'action entreprise c'est-à-dire sur la conformité de l'activité de la fondation à la loi et non sur son opportunité. En aucun cas, l'autorité de tutelle ne pourrait évaluer l'efficacité des actions entreprises par la fondation. En effet, si l'autorité de tutelle était en droit d'approuver la gestion de la fondation du point de vue de son opportunité, cela reviendrait à lui reconnaître le droit de faire prévaloir ses propres vues sur celles de la fondation. Aussi, le contrôle que l'autorité de tutelle serait habilitée à exercer devrait-il se limiter à vérifier la légalité de l'action et au cas d'irrégularité comptable, à en informer le ministère public aux fins de poursuite des auteurs d'infractions. En cas d'erreurs de gestion ou de dérives répétées, il pourrait amener l'autorité de tutelle à envisager la procédure de retrait de la reconnaissance d'utilité publique. La détection des irrégularités comptable n'est toutefois pas tâche aisée¹ puisqu'elle suppose la définition de ratios de bonne gestion adaptés à la spécificité des organismes à but non lucratif et qui fassent le départ entre les dépenses de fonctionnement de l'organisme et les dépenses consacrées aux missions désintéressées de la fondation. L'arrêté du 8 avril 1999 déjà évoqué n'a, en effet, répondu à ce besoin que de manière très fragmentaire. Le Comité de la charte de déontologie, initiative privée regroupant les organismes sans but lucratif faisant appel à la générosité publique, réfléchit à la question depuis 1994. Le Conseil d'Etat, pour sa part, préconise la création d'un groupe de travail, qui, collaborant avec la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, le Conseil national de la comptabilité et l'Ordre national des experts-comptables, définirait des ratios de comptabilité². Dans le même ordre d'idées, il suggère d'améliorer la comptabilité des fondations par l'établissement d'un plan comptable spécifique pour les fondations, « l'introduction dans la comptabilité des fondations de certains éléments de comptabilité d'engagement » et l'élaboration d'une comptabilité consolidée calquée sur celle des sociétés commerciales afin que les activités lucratives des fondations

¹ Sur l'inadaptation aux associations de la comptabilité classique, cf. Rep. Min n° 2507, J.O Sénat, 22 sept. 1994, Débats, Q, p. 2303.

² Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 99.

gérées sous forme de filiales puissent être identifiées¹.

763. L'inconvénient du contrôle des comptes est qu'il est, par définition, ponctuel. Il est pourtant un moyen, préconisé par le Conseil d'Etat², de concilier un contrôle permanent et le principe du contrôle a posteriori : il consiste en l'institution d'un commissaire du gouvernement auprès des fondations. L'originalité du statut et de la mission du commissaire du gouvernement mérite qu'on s'y attarde.

Représentant l'Etat auprès des organismes privés, le commissaire du gouvernement est chargé du contrôle de l'ensemble de l'activité de l'organisme auprès duquel il est affecté. Généralement, les textes lui donnent un pouvoir de veto suspensif, un droit d'initiative, un pouvoir consultatif et plus rarement un pouvoir d'approbation préalable³. Afin que le commissaire du gouvernement puisse exercer ses pouvoirs en toute connaissance de cause et de manière efficace, le législateur lui reconnaît le droit d'assister aux séances des organes directeurs de l'organisme, le droit d'obtenir communication des décisions et documents de l'organisme et enfin celui d'inspecter, au moment qu'il juge opportun, l'organisme.

Agent de contrôle de l'organisme privé auprès duquel il est affecté, le commissaire du gouvernement apparaît également comme un agent de liaison entre l'autorité de tutelle et l'organisme sous tutelle. Il est, de par ses attributions, le mieux à même de connaître la situation exacte de l'organisme contrôlé. De ce fait, il transmet à l'autorité de tutelle les demandes de l'organisme contrôlé et lui fait connaître son avis.

764. Par sa double fonction d'agent de contrôle et d'agent de liaison, le commissaire du gouvernement paraît parfaitement adapté aux fondations. En qualité d'agent de liaison, le commissaire du gouvernement pourrait accomplir le rôle de coordinateur entre les pouvoirs publics et les fondations. Conseiller de l'autorité de tutelle, il pourrait donner son avis sur les actes soumis à autorisation préalable⁴.

Il pourrait par ailleurs exercer sans mal un contrôle efficace des fondations dans la mesure où, s'il assisterait aux délibérations du Conseil d'administration de la fondation, il ne serait pas membre de la fondation et ne pourrait, par conséquent,

¹ Ibid, p. 96-97.

² Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 58.

³ En ce sens, Demichel, thèse préc., tome 1, p. 246 et s.

⁴ En ce sens, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 58.

participer au vote¹. Dans sa fonction de contrôleur permanent de la fondation auprès de laquelle il serait affecté, il pourrait ainsi informer l'autorité de tutelle de toute irrégularité qu'il aurait constatée dans la gestion de l'organisme².

Convient-il d'étendre encore les pouvoirs incombant au commissaire du gouvernement ? le Conseil d'Etat suggère ainsi de lui octroyer le pouvoir de requérir une seconde délibération du Conseil d'administration³. Il ne fait aucun doute qu'il est fait ici référence au pouvoir de veto suspensif qui permet au commissaire du gouvernement de suspendre provisoirement, pour tout motif ou seulement pour des motifs d'opportunité, l'exécution de toute délibération de l'organisme contrôlé. Le législateur s'est d'ailleurs laissé convaincre de l'utilité de ce procédé puisque le commissaire du gouvernement placé auprès de la Fondation du patrimoine peut « demander une nouvelle délibération qui ne peut être refusée » (article 12, loi du 2 juillet 1996 relative à la Fondation du patrimoine). Dans la mesure où ce veto aura pour unique effet de soumettre à une seconde délibération la décision de l'organisme auquel il s'oppose, l'atteinte à l'autonomie de la fondation est tolérable : de cette manière, l'autorité de tutelle, par l'intermédiaire de son représentant, se verrait offrir la possibilité de soulever l'inopportunité d'une décision du Conseil d'administration sans jamais pour autant lui *imposer* sa vision des choses.

Il semble pourtant que le Conseil d'Etat ne l'entende pas ainsi lorsqu'il envisage que soit accordé au Commissaire du gouvernement la faculté de suspendre pendant quinze jours la délibération du Conseil d'administration, délai de suspension au delà duquel la décision de l'institution privée deviendrait, semble-t-il, exécutoire⁴. Cette faculté de suspension laisse entendre que pendant ce délai de quinze jours, l'autorité de tutelle pourrait confirmer le veto du commissaire du gouvernement c'est-à-dire annuler la décision de la fondation. Or, cette intrusion dans le fonctionnement de la fondation nous paraît attentatoire à la liberté de la fondation.

765. La nomination du commissaire du gouvernement ne suscite aucune difficulté particulière. Etant des fonctionnaires détachés dans les fonctions de commissaire, les

¹ Ibid.

² Ibid.

³ Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 58.

⁴ Ibid, p. 59.

commissaires du gouvernement sont nommés par le ministre de tutelle compétent pour exercer le contrôle sur l'organisme privé. En matière de fondations, s'il existe plusieurs ministères de tutelle affectés au contrôle de l'institution (ministère de l'Intérieur et ministre du département duquel ressortit la fondation), le ministre de l'Intérieur apparaît comme l'agent de tutelle le plus important. C'est pourquoi il serait plus cohérent que le commissaire du gouvernement soit nommé par arrêté du ministre de l'Intérieur. Dans un souci de déconcentration, le Conseil d'Etat propose, quant-à-lui, de distinguer selon l'étendue de l'activité de la fondation reconnue d'utilité publique¹. Pour les fondations à caractère national, le commissaire du gouvernement serait désigné par le ministre de l'intérieur après avis des ministres responsables du secteur concerné ; pour les fondations à vocation régionale, le Préfet serait compétent.

766. L'efficacité du système proposé repose également sur ses modalités pratiques d'application. Un des facteurs de complexité du système de contrôle a posteriori des fondations réside dans le nombre des autorités de tutelle compétentes pour exercer ce contrôle. Selon les statuts-types, les documents comptables doivent être transmis au Préfet, au ministère de l'Intérieur et au ministre dans le département duquel siège la fondation. En pratique, le contrôle est réalisé au sein des préfetures, en vertu du principe de déconcentration².

Or, nous avons déjà fait état de l'insuffisance des moyens des Préfectures disponibles ou de leur défaut de spécialisation qui rend le contrôle de la gestion inopérant. Selon le Conseil d'Etat, il existe, au sein des services déconcentrés de l'Etat, les moyens en personnel nécessaires à un contrôle efficace des fondations³. Aussi faudrait-il, selon lui, mettre en place, au sein de chaque département, un « pôle de compétence » relayé au stade des préfetures « par une cellule, assurant le secrétariat du pôle, dotée d'un personnel suffisamment disponible et ayant une compétence juridique en la matière »⁴.

767. Il nous semble que la constitution de ces « pôles de compétence » ne s'impose

¹ Ibid., p. 59.

² Ibid., p. 66.

³ Ibid, p. 65. Les moyens se trouvent, plus précisément, au sein des trésoreries générales, des directions des services fiscaux et selon le secteur d'activité de la fondation, auprès des services déconcentrés ayant en charge ces différents secteurs.

⁴ Ibid, p. 65.

pas et qu'il serait plus simple que ces pouvoirs de contrôle a posteriori soient confiés à un organe unique, en l'occurrence le Conseil national des fondations¹. La formule aurait pour elle le mérite d'unifier les pratiques, qui pourraient être divergentes, de ces différents pôles de compétence. En outre, une fois pour toute, l'unicité de l'organe de contrôle des fondations serait réalisée.

Le Conseil national des fondations, à raison de la diversité de sa composition, réunit toutes les compétences nécessaires à la réalisation d'une mission de contrôle. Juridiquement, la consécration du Conseil national des fondations est tout-à-fait réalisable. Organe consultatif, le Conseil national des fondations pourrait se voir également confier des attributions de contrôle. Ce contrôle permanent qu'il exercerait sur les fondations n'interdirait pas, bien au contraire, que des missions de contrôle ponctuelles lui soient confiées. Ainsi en irait-il de l'approbation administrative des modifications des statuts. Puisqu'il serait appelé à donner son avis sur le projet de fondation, le Conseil national des fondations devrait, par respect du principe du parallélisme des formes, être consulté pour toute modification des statuts². L'approbation des modifications des statuts, à l'instar de la création de la fondation, serait accordée par décret du Premier ministre après avis du conseil national des fondations³.

768. Il ne paraît pas judicieux de faire intervenir davantage le Conseil national des fondations dans le contrôle des fondations. Le rôle du Conseil national des fondations est de collaborer au contrôle de l'autorité de tutelle en l'éclairant sur la situation exacte des fondations soumises à son contrôle, la décision finale d'autorisation ou de refus d'autorisation d'un acte de disposition ou d'un acte libéral incombant naturellement à l'autorité de tutelle c'est-à-dire au Préfet du département. L'avis du Conseil national des fondations ne ferait en outre qu'alourdir la procédure.

769. Ce faisant, seraient redéfinis les modes d'exercice de la tutelle administrative

¹ Sur le Conseil national des fondations, cf. supra, n° 470 et s.

² Le contrôle effectué par le Conseil national des fondations se justifie d'autant mieux que les transformations envisagées peuvent porter sur les bases de la fondation, voire même sur son but.

³ Comp. le projet de réforme des fondations (article 15) proposé par le colloque organisé par la Fondation Hugot (*Le Droit des fondations en France et à l'étranger*, op. cit., p. 146) dont les initiateurs ont subordonné la modification des statuts, quelle que soit son importance, à l'accord des fondateurs ou en cas de décès de ces derniers à une décision de justice et dans le respect des volontés des fondateurs.

sur les fondations. Cette tutelle administrative exercée par l'Etat constituerait l'essentiel du contrôle administratif. Il en existe néanmoins d'autres formes qui méritent d'être examinées.

II- Le devenir des autres formes de contrôle sur les fondations.

770. Le contrôle de la fondation est d'abord le fait du commissaire aux comptes. Ce contrôle gagnerait en efficacité si était étendue aux fondations reconnues d'utilité publique la « procédure d'alerte » mise en place par la loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise¹. En effet, la révélation à l'autorité de tutelle des faits de nature à compromettre l'activité de la fondation autoriserait celle-ci à prendre en temps utile les mesures nécessaires au maintien de l'activité de la fondation.

771. La fondation peut ensuite faire l'objet de contrôles de différentes inspections ou de la Cour des comptes lorsqu'elle perçoit des fonds publics ou fait appel à la générosité publique². On³ a pu craindre que la multiplicité des contrôles de la part des inspections interministérielles et l'absence de coordination entre ces différents contrôles en viennent à paralyser le fonctionnement des fondations et, à plus long terme, à décourager les initiatives privées. C'est pourquoi la recommandation du Conseil d'Etat de faire siéger une structure de coordination administrative de ces différents contrôles au sein du « collège des chefs de contrôle » ayant pour origine les dispositions sur la réforme de l'Etat doit être pleinement approuvée⁴.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a douté de la compatibilité du contrôle exercé par les Préfectures au titre de la tutelle administrative sur les fondations avec les contrôles de ces différentes inspections interministérielles⁵. Il nous semble qu'il n'y a pas là de difficulté véritable dès lors que l'objet de ces différents contrôles ne se recoupe pas. Ainsi, sauf cas particulier, l'Inspection générale des finances ainsi que l'Inspection générale des affaires sociales ne peut porter que sur l'utilisation des fonds publics et non sur l'ensemble de la gestion de l'organisme. Le même principe régit l'étendue des

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 63.

² Cf. supra, n° 661 et s.

³ Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 79.

⁴ Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 79-80.

⁵ Ibid., p. 64.

pouvoirs de la Cour des comptes qui ne peut, en cas d'appel à la générosité publique, que contrôler le compte d'emploi des fonds recueillis au titre de l'appel à la générosité publique.

Le contrôle de l'appel à la générosité publique par la Cour des comptes, dans la mesure où il ne vise qu'à informer les organes de la fondation, les ministres concernés par les objectifs de l'appel à la générosité publique, et éventuellement le grand public par le biais d'une publication facultative au Journal officiel ou d'une insertion dans le rapport public de la Cour des comptes, des irrégularités que celle-ci constate, ne peut prévenir ces irrégularités. Aussi, dans un souci de transparence financière, climat propice à la générosité, les organismes sans but lucratif faisant appel à la générosité publique ont-ils créé en 1989 un comité de la charte de déontologie des organisations sociales et humanitaires faisant appel à la générosité publique. Par une charte adoptée en 1991, les organismes membres de ce comité se sont notamment engagés à respecter des règles déontologiques concernant l'emploi des fonds, leur mode de collecte¹ et à assurer à l'égard des donateurs une totale transparence financière par la mise à disposition de documents comptables et leur explication dans un commentaire clair et synthétique.

772. Plus généralement, puisque le fonctionnement d'un nombre non négligeable de fondations dépend de la générosité des donateurs², les fondations ont grand intérêt à élaborer une politique d'information de leurs donateurs. Ainsi, la publication annuelle de leurs documents comptables, de rapports du commissaire aux comptes ou seulement du compte d'emploi des ressources collectées auprès du public ne peut qu'inciter à la générosité.

L'agencement des pouvoirs au sein de la fondation peut également constituer un élément de contrôle des fondations.

¹ Les organismes membres s'interdisent de diffuser toute information contenant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur le but réel ou l'utilisation des fonds sollicités.

² Ainsi, en 1998, les dons et legs ont représenté 24 % des ressources de l'Institut Pasteur, soit un montant de 23.7 millions de francs.

Paragraphe III- L'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique : la préservation d'un équilibre entre libéralisme et institutionnalisation.

773. L'examen de la structure du pouvoir des fondations a révélé un souci d'équilibre entre les différents intervenants au Conseil d'administration. La suppression, que nous souhaitons, des représentants de l'Etat au Conseil d'administration obligerait à repenser cet équilibre.

774. Incarnant l'œuvre d'intérêt général instituée par le fondateur, il paraît normal de faire figurer au Conseil d'administration à la fois des représentants du fondateur et des personnalités qualifiées, plus précisément des spécialistes de l'activité menée par la fondation. Le statut de ces administrateurs (qualité et capacité requise pour devenir membre du Conseil d'administration, limites d'âge, nombre, durée et conditions de renouvellement des mandats) reste à déterminer. Le bon sens commande de n'introduire en la matière que peu de dispositions légales contraignantes. Ainsi, l'instauration d'une limite d'âge ne paraît ni possible, puisque les fondateurs doivent pouvoir siéger au Conseil d'administration de leur fondation aussi longtemps qu'il leur plaira, ni opportune puisque la fondation devra souvent faire appel à des administrateurs bénévoles, le plus souvent retraités¹.

Toutefois, il existe un danger à faire relever les fondations de la « liberté statutaire » plutôt que de l'organisation institutionnelle : il est à craindre que la fondation ne se sclérose. En effet, le renouvellement trop peu fréquent des mandats d'administrateur favorise la concentration du pouvoir entre les mêmes mains et freine l'innovation, moteur indispensable dans le secteur de l'utilité sociale. Aussi, tout ce qui relève de la limitation de la durée des mandats et du nombre de renouvellement des mandats devrait être prévue par une disposition impérative de la loi.

775. A la structure tripartite du Conseil d'administration, il nous semble préférable que succède une composition dualiste. Cette nouvelle composition impose de repenser le nombre de membres du Conseil d'administration. Dans l'optique la plus libérale, la

¹ Contra, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 91, qui tout en se refusant à transposer à l'identique le dispositif applicable aux dirigeants des sociétés anonymes, propose d'instituer une limite d'âge de 75 ans s'appliquant aux membres du bureau sauf stipulation contraire des statuts et de dispenser les fondateurs du respect de cette limite d'âge.

composition de cette instance d'administration pourrait être laissée à la discrétion des fondateurs. Ce serait d'ailleurs conforme à la tendance actuelle à la régression de l'institutionnalisation des groupements et à certaines législations étrangères, telles le droit allemand, qui laisse au fondateur une grande liberté dans la composition des organes d'administration. Cependant, dans un souci d'uniformisation du régime juridique des fondations comme dans l'intérêt du fonctionnement de la fondation, il paraît préférable de poser en la matière un minimum de règles impératives. Dans cette optique, il semble que le nombre de membres du Conseil d'administration pourrait varier dans une fourchette de quatre à douze membres (pour la représentation paritaire des différentes catégories de membres¹), le nombre exact de membres étant choisi discrétionnairement par le fondateur².

776. La procédure de nomination joue un rôle essentiel dans la réalité de l'indépendance entre les représentants du fondateur et les personnalités qualifiées. Plusieurs systèmes sont envisageables et parmi eux, le choix des membres au sein d'une liste préétablie par les pouvoirs publics, l'agrément par les pouvoirs publics des personnalités choisies par les fondateurs et la désignation directe des personnalités qualifiées par les pouvoirs publics. Les deux premiers systèmes ne sont pas satisfaisants car d'application délicate et source de contentieux³. Au système proposé par le Conseil d'Etat⁴ qui consiste à laisser aux fondateurs la plus entière liberté de choix devrait être préférée la procédure de nomination par les fondateurs de représentants choisis au sein d'une liste préétablie par le Conseil national des fondations, cette procédure apparaissant comme une mesure à la fois plus simple et

¹ Contra, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 60, pour qui il y aurait lieu de transposer le système déjà en vigueur pour les fondations d'entreprise c'est-à-dire de faire siéger au Conseil d'administration des représentants qualifiés dans la limite d'un tiers des membres du Conseil d'administration. Le Conseil d'Etat propose également d'inciter les fondations à inclure dans leurs statuts des collèges de fondateurs élargis à d'autres membres pour la désignation des personnalités qualifiées (ibid., p. 60).

² Comp. la proposition de réforme issue du colloque organisé par le fondation Hugot (in *le Droit des fondations en France et à l'étranger*, op. cit., p. 143 et s.) qui propose la création d'une fondation à capacité restreinte et aux formalités de constitution allégées gérée par un Conseil d'administration composé d'au moins trois membres.

³ En ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, op. cit., p. 59.

⁴ *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 59. Selon le Conseil d'Etat, la procédure de reconnaissance d'utilité publique suffirait à s'assurer de la représentativité de ces personnalités qualifiées. Cette solution ne peut cependant qu'allonger la durée de la procédure de reconnaissance d'utilité publique.

plus protectrice de l'indépendance de la fondation par rapport aux fondateurs comme par rapport à l'Etat.

La question de la révocation des membres du Conseil d'administration est des plus délicates du fait de la souveraineté du Conseil d'administration, qui ne se trouve subordonné à aucun organe hiérarchique. Afin de respecter une symétrie entre la procédure de nomination et celle de révocation, la révocation des personnalités qualifiées ne pourrait être prononcée par le Conseil d'administration qu'avec l'avis conforme du Conseil national des fondations.

En ce qui concerne les représentants du fondateur, il semble également qu'une certaine symétrie avec la procédure de nomination doive être conservée. Aussi, la révocation des représentants du fondateur ne pourrait être ordonnée que par le fondateur et en cas d'empêchement définitif, par une décision du Conseil d'administration¹.

777. Ainsi composé, le Conseil d'administration serait appelé à être le seul organe de décision : dans ces conditions, il lui serait impossible de siéger en permanence². C'est la raison pour laquelle l'exécution des décisions du Conseil d'administration devrait être confiée à un organe plus restreint et de ce fait, davantage opérationnel. Cet organe existe d'ores et déjà : il s'agit du bureau. La composition du bureau devant refléter celle du Conseil d'administration, ses membres devraient être, comme à l'heure actuelle, désignés par le Conseil d'administration ; il ne paraît pas nécessaire d'aller plus avant et d'imposer que les membres du bureau soient *tous* choisis parmi ceux du Conseil d'administration. « L'exécutif » de la fondation sera en effet d'autant plus efficace qu'il sera possible d'y faire siéger des professionnels (experts-comptables...). Puisque le bureau est l'émanation du Conseil d'administration, la durée du mandat des membres du bureau ne devrait pas pouvoir excéder la durée des fonctions du Conseil d'administration. Toujours dans le même souci de symétrie, le Conseil d'administration devrait être habilité à révoquer les membres du bureau, sauf

¹ Comp. le système proposé par la société d'études législatives (in Bull. de la société d'études législatives 1909, p. 443 et s.). Dans son projet de réforme, la société d'études législatives attribue le pouvoir de révoquer les gérants de la fondation au ministre de la justice sur demande de la commission de surveillance.

² Convocation et direction des débats devraient être le fait d'un président, personnalité choisie par le Conseil d'administration parmi ses membres.

évidemment s'il s'agit des membres fondateurs, à une majorité qualifiée¹. La cadence des réunions de cette instance pourrait, en outre, être fixée librement dans le règlement intérieur. Le maintien d'une certaine discipline au sein du bureau ne peut être assuré que par la désignation d'un président qui pourrait être le président du Conseil d'administration. Celui-ci pourrait être chargé de convoquer le bureau, d'établir l'ordre du jour, d'assurer la discipline et le suivi des réunions et de départager en cas de partage des voix.

778. Afin que le bureau puisse développer son action dans des conditions satisfaisantes, il est indispensable que lui soient accordés des pouvoirs étendus. La formule utilisée à propos du Conseil d'administration des sociétés anonymes par la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales prend exactement en compte ce besoin : celui-ci est investi « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance » (article 98 de la loi du 24 juillet 1966). Il n'est toutefois pas exclu que la compétence des membres du bureau pour accomplir un certain nombre d'actes puisse être restreinte par les statuts. En particulier, il pourrait être envisagé que les conventions passées entre la fondation et l'un des membres du bureau soient interdites² ou subordonnées à une autorisation préalable du Conseil d'administration³, à l'instar du régime applicable aux conventions passées entre une société anonyme et ses dirigeants (article 101 et s. de la loi du 24 juillet 1966).

779. Ainsi, serait instituée une organisation pyramidale cohérente : au conseil d'administration de fixer l'orientation générale de la fondation et de prendre les décisions importantes (y compris le cas échéant, par le biais de la modification des statuts), d'en apprécier les résultats (par l'approbation des comptes de l'exercice, le vote du budget pour l'exercice suivant) et au bureau, l'exécution des décisions arrêtées par le Conseil d'administration et la gestion quotidienne de la fondation.

780. La définition des pouvoirs des organes dans l'ordre interne serait inutile si

¹ En ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, rapport préc., p. 89.

² Devraient notamment être interdits les emprunts contractés auprès de la fondation, les cautionnements et avals donnés par la fondation en garantie des engagements personnels des membres du bureau ou de leurs proches parents.

³ En ce sens, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 91-92, qui fait valoir que les conventions passées entre la fondation et ses dirigeants peuvent être avantageuses pour la fondation puisqu'elles peuvent avoir pour objet de lui fournir des prestations à des prix inférieurs à ceux du marché.

n'étaient pas institués des organes de représentation exécutant à l'égard des tiers les décisions prises par les organes de gestion. Il n'est pas opportun que le pouvoir de représentation soit attribué à chaque membre du bureau. Plus adéquate serait la concentration du pouvoir de représentation entre les mains d'un seul personnage, le Président de la fondation, également président de l'exécutif comme il est d'usage, tout en laissant, si besoin était, le soin aux statuts d'accorder le même pouvoir de représentation au profit d'autres membres du bureau.

La technique de représentation n'est toutefois pas sans présenter de dangers pour les tiers. L'obligation pour les tiers de traiter avec un représentant est en effet une source d'insécurité : les tiers ont à craindre que l'organe avec lequel ils traitent n'ait pas été désigné dans des conditions régulières ou n'ait pas compétence pour conclure l'acte envisagé. Le mandant n'est en effet pas tenu d'exécuter les engagements pris par le mandataire pour lesquels il n'a pas reçu pouvoir (article 1998 alinéa 2 du Code civil). Certes les tiers pourront, s'ils en remplissent les conditions, invoquer la théorie du mandat apparent pour ne pas se voir opposer le dépassement de pouvoirs c'est-à-dire les clauses restrictives des pouvoirs statutaires ou l'irrégularité de la désignation de l'organe de représentation¹ mais encore doivent-ils pour ce faire, rapporter la preuve que leur croyance aux pouvoirs du mandataire apparent était légitime, la légitimité de la croyance n'étant admise que si les circonstances autorisaient les tiers à ne pas vérifier les pouvoirs². En l'absence de ces preuves, un tiers ne pourra obtenir du pseudo-mandant l'exécution des actes accomplis par le mandataire apparent que sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle ; ce qui l'oblige à faire la preuve que la croyance erronée du tiers résulte d'une faute imputable au mandant.

781. Le caractère parcellaire des solutions fournies par la théorie du mandat apparent ne favorise guère la sécurité juridique. Sans doute les intérêts en jeu

¹ Il semblerait, en effet, que la théorie du mandat apparent couvre également cette hypothèse de désignation irrégulière puisqu'elle s'applique à l'absence de mandat et que la désignation irrégulière d'un dirigeant s'apparente à une absence de mandat.

² Cette conception est adoptée par la jurisprudence depuis : Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, D. 1963, J., 277, note J. Calais-Auloy, J.C.P. 1963, II, 13105, note P. Esmein. Cf. également, Com., 6 juin 1989, Bull. civ. IV, n° 179 ; Dijon, 24 mai 1995, J.C.P. 1996, IV, 175 ; Paris, 19 juin 1997, D. 1998, somm., 138, obs. J. Lemée.

En ce sens, L. Leveneur, Situations de fait et droit privé, L.G.D.J., coll. biblio droit privé, tome 212, 1990, préface M. Gobert, n° 120.

s'agissant de fondations sont moins pressants que dans le monde des affaires gouverné par la rapidité des transactions. Il n'en reste pas moins que les fondations, comme n'importe quelle autre personne morale, sont amenées à traiter avec différents partenaires et que la perspective pour ces derniers de ne pas voir leur engagement honoré n'invite pas à entrer en relation avec elles. A cela s'ajoute le fait que la vérification des pouvoirs du dirigeant par le cocontractant de la fondation peut s'avérer problématique. La protection des tiers incite donc à poser dans une loi sur les fondations l'inopposabilité aux tiers des clauses restrictives aux pouvoirs des membres du bureau. L'irrégularité de la nomination du Président du bureau appelle la même réponse et incite à l'extension aux fondations du mécanisme de purge des vices de nomination des dirigeants par la publication des noms et qualités du représentant de la fondation. Il faudrait pour ce faire envisager la constitution d'un registre national des fondations.

782. Les mêmes conclusions s'imposent-elles lorsque le président de la fondation accomplit un acte n'entrant pas dans l'objet légal ou statutaire de la fondation ? Le Droit des sociétés distingue entre les sociétés à risque limité et les sociétés à risque illimité. Les premières se trouvent engagées par tous les actes passés par les dirigeants, alors même que ces actes ne relèveraient pas de l'objet social. La solution est différente pour les sociétés à risque illimité. La différence de régime entre ces deux types d'entités s'explique par la volonté de sauvegarder les intérêts légitimes des associés dont la responsabilité est illimitée. La sauvegarde des intérêts des associés n'étant pas nécessaire dans les fondations - puisque, par essence, la fondation n'a pas de membres¹ - il ne serait pas choquant que la fondation se trouve engagée par les actes de son représentant dépassant sa spécialité légale ou statutaire. L'atteinte aux intérêts de la fondation ne serait pas intolérable si, comme pour les sociétés à risque limité, elle était autorisée à faire la preuve que le tiers connaissait les limites apportées par l'objet de la fondation². En tout état de cause, le dépassement de l'objet

¹ C'est également pour cette même raison, à savoir que la fondation ne comporte pas de membres, qu'il ne saurait être question de faire supporter aux membres du Conseil d'administration la responsabilité indéfinie des dettes de la fondation.

² On a pu faire remarquer que la disposition légale engageant les sociétés à risque limitée en cas de dépassement de l'objet social se rapprochait de la théorie de l'apparence trompeuse à la différence près que la charge de la preuve du dépassement de pouvoirs incombe à la société et non au tiers (L. Leveneur, thèse préc., n° 118, note 22).

social engagerait la responsabilité du Président de la fondation.

La responsabilité des autres membres du Conseil d'administration et des membres du bureau ne peut pas être mise en œuvre dans les mêmes conditions. Ainsi, la responsabilité des membres du bureau est plus aisément recherchée que celles des administrateurs parce que ceux-ci agissent de manière continue. Le régime de responsabilité des dirigeants de la fondation envers celle-ci repose actuellement sur le système de la faute prouvée. Mandataires statutaires des membres du Conseil d'administration, leur responsabilité pourra être engagée pour violation du pacte statutaire ou pour faute commise dans la gestion. L'application du droit commun permettant de prendre en compte les hypothèses les plus variées de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants, il ne paraît pas utile d'inscrire dans la loi le principe de responsabilité civile des dirigeants dans les termes de l'article 1850 du Code civil¹, qui à propos des sociétés civiles prévoit la responsabilité des gérants envers la société et les tiers pour infractions aux lois ou règlements, violation des statuts ou fautes commises dans sa gestion. Plus délicate est la difficulté liée à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de la fondation. Le dirigeant responsable du préjudice de la fondation sera peu enclin à agir contre lui-même. Aussi le droit des sociétés connaît-il de l'action *ut singuli* exercée par un associé au nom et pour le compte de la société (article 1843-5). D'aucuns préconisent même la généralisation de ce mécanisme à l'ensemble des groupements². L'extension de ce principe à la fondation se heurte toutefois à l'absence de membres - d'associés - de la fondation au profit desquels pourrait être reconnu le droit d'agir au nom et pour le compte de la société.

783. Ainsi se verrait défini le mode de gouvernement de la fondation. Le Conseil d'administration disposerait de l'entier pouvoir de décision (sauf la gestion quotidienne confiée au bureau) et il ne serait fait place à aucun organe de contrôle, le bureau n'apparaissant pas, par sa composition et par ses attributions, comme une instance de surveillance du Conseil d'administration. A l'opposé de ce qui a été proposé par le Conseil d'Etat³, il ne nous paraît pas utile de compliquer l'organisation

¹ Contra, Conseil d'Etat, *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 92, qui préconise l'insertion dans une loi sur les fondations d'un texte inspiré de l'article 244 de la loi du 24 juillet 1966.

² En ce sens, V. Grellière, *Propositions pour un droit commun des groupements personnifiés*, Dalloz affaires 1997, p. 1133 et s. et spéc., p. 1136-1137.

³ *Rendre plus attractif le Droit des fondations*, op. cit., p. 86.

de la fondation en séparant les organes de direction des organes de contrôle comme dans les sociétés anonymes à directoire. Le fonctionnement de la fondation est en effet déjà soumis au contrôle de l'autorité administrative. Et à l'instar du contrôle exercé par le directoire, le contrôle de l'autorité administrative sur le Conseil d'administration de la fondation présente un caractère permanent et est exercé par des personnes qualifiées. Aussi, l'institution d'une instance de contrôle supplémentaire ne paraît pas s'imposer¹.

784. En dépit de ces précautions, la fondation reconnue d'utilité publique devra néanmoins subir les avatars du milieu économique et social et dans certains cas, n'y résistera pas. En pareille hypothèse, il ne lui restera plus qu'à disparaître. Si aucune difficulté ne se pose lorsque la dissolution de la fondation est décidée par le Conseil d'administration, la disparition de la fondation du fait du retrait de la reconnaissance d'utilité publique est plus sujette à polémique.

Paragraphe IV- Les améliorations nécessaires du mécanisme de dissolution de la fondation reconnue d'utilité publique.

785. La reconnaissance d'utilité publique peut être retirée pour n'importe quel motif par l'autorité administrative alors même que la reconnaissance d'utilité publique est un acte créateur de droits. L'autorité administrative dispose en ce domaine d'un entier pouvoir discrétionnaire et le pouvoir de contrôle du juge administratif est limité. Seule l'intervention du législateur pourrait limiter les motifs de retrait de la reconnaissance d'utilité publique. Dans cette perspective, le retrait de la reconnaissance d'utilité publique pourrait apparaître, soit comme une sanction, soit comme une nécessité imposée par l'intérêt général. Plus précisément, il nous semble que trois cas pourraient être distingués². Le retrait de la reconnaissance d'utilité

¹ A titre de comparaison, le projet de réforme des fondations élaboré par la société d'études législatives créait une commission de surveillance conçue comme un organe de la fondation tout en excluant dans le même temps le contrôle du gouvernement du fait de son inutilité (cf. article 12 et 14 du projet reproduit dans le Bulletin de la société d'études législatives de 1909, op. cit., p. 444 et s. ; rapport de Larnaude, Bulletin de la société législatives 1909, op. cit., p. 296 et s.).

Concernant des associations reconnues d'utilité publique, il faut cependant savoir qu'est actuellement étudiée par le Ministre de l'intérieur la possibilité d'organiser l'association sous forme de directoire et de conseil de surveillance (Juris-Association 1999, n° 195, p. 21).

² Contra, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 112, pour qui il est impossible de répertorier dans un texte législatif l'ensemble des motifs de retrait de la reconnaissance d'utilité

publique pourrait en effet intervenir lorsque la fondation contrevient à la loi ou à ses statuts, lorsqu'elle ne remplit plus l'objet d'intérêt général en vue duquel elle a obtenu la reconnaissance d'utilité publique¹ et si l'autorité de tutelle s'apercevait que les conditions d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique n'étaient pas remplies et que de ce fait, l'octroi de la reconnaissance d'utilité publique était infondée.

Dans la mesure où le législateur aurait limitativement énuméré les motifs de retrait de la reconnaissance d'utilité publique, le juge administratif verrait son pouvoir de contrôle s'élargir au contrôle de la qualification juridique des faits motivant la décision de retrait. L'avis du Conseil national des fondations obligatoirement recueilli avant la décision du premier ministre constituerait également une garantie pour la fondation contre l'arbitraire de l'Administration. Cet avis s'imposerait en vertu de la règle du parallélisme des formes qui implique qu'un acte administratif ne peut être abrogé que dans les formes où il a été fait c'est-à-dire par la même autorité et selon la même procédure.

786. Que la dissolution résulte ou non du retrait de la reconnaissance d'utilité publique, elle entraîne la liquidation des biens et la dévolution du boni de liquidation à un établissement public ou d'utilité publique ou à une association à capacité élargie. Cette disposition, qui gagnerait à être inscrite dans une loi sur les fondations, mériterait d'être clarifiée et complétée. Elle gagnerait à être clarifiée sur un point qui n'est pas minime, le statut du commissaire à la liquidation qui pourrait être aligné sur le statut des curateurs des successions vacantes². La solution pêche également par ses omissions. Nulle part n'est prévu le sort des biens de la fondation en cas d'absence d'établissements publics ou d'utilité publique poursuivant un but analogue. Pour suppléer à cette lacune, il serait judicieux de prévoir que les biens qui ne peuvent être attribués à une fondation analogue seront dévolus à un organisme nouveau, la Caisse

publique.

¹ Dans la Grande Encyclopédie de Diderot, Turgot dénonçait la survivance de maladreries à la disparition de la lèpre.

Il ne paraît pas opportun de consacrer le pouvoir de l'autorité de tutelle de modifier unilatéralement la destination des biens devenue impossible à atteindre ou ne correspondant plus à l'intérêt public, à l'instar de ce que prévoit pour les fondations allemandes l'article 87 du Code civil allemand. Le principe d'autonomie de l'organisme contrôlé implique que l'initiative de la transformation de l'objet de la fondation vienne du Conseil d'administration de la fondation.

² Comp. Conseil d'Etat, Rendre plus attractif les fondations, op. cit., p. 115, qui préfère calquer le statut du commissaire à la liquidation sur celui du commissaire chargé d'opérer le bénéfice d'inventaire.

des fondations dont l'objet serait de venir en aide aux fondations en difficulté¹.

*

* *

787. Au terme de cette étude, il est apparu que les inadaptations du régime des fondations non personnalisées trouvent leur origine dans l'absence d'autonomie des biens affectés. Le mécanisme de la fondation sans création d'une personne morale nouvelle ne nous est pas apparu, pour autant, condamnable : tout particulièrement, l'intermédiation de la Fondation de France offre une réelle garantie d'exécution malgré l'absence d'autonomie des biens affectés. Pour les fondations autonomes, il s'est avéré que le fonctionnement de l'œuvre d'intérêt général pêche par ses imprécisions, ses lacunes. C'est pourquoi l'adoption d'une loi précisant les règles d'organisation et de fonctionnement des fondations ainsi que les modalités de contrôle de l'Etat nous paraît s'imposer.

788. Lorsque les fondations sont utilisées par les entreprises pour les besoins du mécénat d'entreprise, le seul examen de l'adéquation du mécanisme des fondations à la poursuite de l'activité d'intérêt général ne suffit plus. Il est également nécessaire d'apprécier la compatibilité du fonctionnement de l'œuvre avec les besoins du mécénat d'entreprise.

¹ L'idée de la création d'une caisse de fondations avait été introduite par la société d'études législatives dans son projet de réforme. Cependant, les auteurs de cette réforme avaient limité le bénéfice de l'attribution des biens des fondations dissoutes aux œuvres de solidarité sociale (article 20 du projet de réforme).

CHAPITRE II- INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DE LA FONDATION D'ENTREPRISE ET PROPOSITIONS DE REMEDES.

789. La fondation d'entreprise est celle qui répond le mieux aux aspirations légitimes des entreprises mécènes et aux besoins de l'intérêt général. Le dispositif est cependant lacunaire, ainsi qu'en témoignent la capacité financière limitée de la fondation d'entreprise (Section I), les carences du dispositif organisationnel de la fondation d'entreprise (Section II), ou encore les imperfections du mécanisme de dissolution des fondations d'entreprise (Section IV) ; ces insuffisances portent témoignage de la difficulté de conciliation de ces deux impératifs, ceux-ci ne se déclinant pas toujours sur le même mode. C'est à cette préoccupation que répondrait le renforcement du contrôle de la fondation d'entreprise (Section III).

SECTION I- LA CAPACITE FINANCIERE DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.

790. L'augmentation des moyens financiers de la fondation d'entreprise ne peut que bénéficier à la mission d'intérêt général de la fondation d'entreprise. La faiblesse des ressources de la fondation d'entreprise a d'ailleurs été souvent dénoncée¹. Pour y remédier, mieux vaut préférer à la diversification des ressources externes des fondations d'entreprise le financement par les fondateurs. Mais, le régime juridique des fondations d'entreprise ne rend pas l'augmentation du programme d'action

¹ En ce sens, F. Naftalsky, L'entreprise et le financement de la fondation d'entreprise : des intérêts divergents difficilement conciliables, *Droit des Sociétés*, septembre 1996, p. 1 à 3 ; B. Gantier-Verdon et G. Blanc, Le financement des fondations d'entreprise : une réforme qui reste à trouver, *Dalloz Affaires*, 1998, p. 1302 et s.

pluriannuel aisé. Comme le montant et les modalités de versement des engagements financiers des entreprises sont inscrits dans les statuts, la modification à la hausse de l'engagement financier des entreprises suppose la modification préalable des statuts et pour ce faire, l'approbation de l'autorité administrative¹, perspective qui n'est guère attrayante pour les entreprises. La difficulté pourrait être résolue si les entreprises mécènes pouvaient faire parvenir des ressources nouvelles à la fondation d'entreprise par le canal des dons manuels². De cette façon, les sommes versées par les entreprises fondatrices viendraient à accroître non le programme d'action pluriannuel, dont le contenu doit être obligatoirement mentionné dans les statuts, mais seulement augmenter les ressources annuelles de la fondation. Les dons manuels, dont il est question, seraient définis selon le droit civil et non dans le sens que lui donne la pratique administrative entérinée dans la loi de 1987³ et ne pourraient être autorisés qu'en provenance des entreprises fondatrices. Il ne saurait en effet être question d'étendre au-delà la capacité de recevoir à titre gratuit des fondations d'entreprise : il importe, au contraire, que la fondation d'entreprise continue à être financée par les versements des entreprises mécènes⁴. Cet engagement financier représente à l'heure actuelle la contrepartie à la liberté d'organisation de la fondation d'entreprise.

SECTION II- LE DISPOSITIF ORGANISATIONNEL DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.

791. L'organisation de la fondation d'entreprise est caractérisée par la mainmise de l'entreprise sur sa fondation, d'abord parce que celle-ci détient le pouvoir au sein des instances dirigeantes, et ensuite parce qu'elle s'est vue reconnaître une grande liberté dans la mise en place de ces mêmes instances. C'est la légitimité de cette liberté qui

¹ En ce sens, cf. B. Gantier-Verdon et G. Blanc, loc. cit., p. 1304. Les auteurs de cette chronique s'interrogent sur le point de savoir si une clause autorisant par avance « la révision du montant du versement annuel dans le respect de la règle de l'irréductibilité du montant global du programme d'action pluriannuel » pourrait être insérée dans les statuts.

² Comp. la proposition du Conseil d'Etat (Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 125) de ne mentionner dans les statuts que le montant minimum du programme d'action pluriannuel de manière à ce que les engagements des fondateurs puissent être revus à la hausse.

³ Sur la notion de dons manuels selon la pratique administrative, cf. supra, n° 148.

⁴ En ce sens, E. Alfandari, La loi du 4 juillet 1990, loc. cit., p. 611. Contra, M.H Maleville, Premières remarques sur la fondation d'entreprise, loc. cit., n° 21.

appelle réflexion. Ainsi, il n'est institué aucun organe de surveillance du Conseil d'administration, pourtant seul organe dépositaire de la souveraineté. Or, la structure de la fondation d'entreprise comporte plus de risques de dérives, à raison même de la domination institutionnelle des entreprises fondatrices et des liens très étroits qui unissent l'activité économique de l'entreprise et son activité mécénale, la seconde conditionnant, au moins en partie, le succès de la première. Le risque que les entreprises fondatrices confondent l'activité de la fondation avec la promotion publicitaire de leur activité économique est patent. Il semble néanmoins que la difficulté pourrait être résolue autrement que par un nouvel agencement des pouvoirs au sein de la fondation d'entreprise. Il peut apparaître en effet inopportun de multiplier les structures dirigeantes, source de complexité et de frais inutiles s'agissant de constituer une personne morale à durée limitée.

792. Il n'y a pas lieu pour autant de conclure que le fonctionnement des organes de la fondation d'entreprise est pleinement satisfaisant. Certaines insuffisances appellent en effet des précisions. Il importe que des règles légales à caractère impératif complètent le statut des organes dirigeants de la fondation d'entreprise. Il en est ainsi des règles de composition des membres du Conseil d'administration de la fondation. Il n'est évidemment pas question de remettre en cause la mainmise des fondateurs sur le Conseil d'administration de la fondation d'entreprise. Cependant, tant par souci d'uniformité du régime juridique des fondations que dans l'intérêt du fonctionnement des fondations d'entreprise, il serait préférable que les représentants de l'intérêt général soient choisis par les entreprises fondatrices parmi une liste de noms préétablie par le Conseil national des fondations. De même, si le nombre des mandats, leur durée et les conditions de renouvellement des administrateurs pourraient être laissés à la discrétion des statuts, il serait préférable que soient déterminées dans une loi les règles de révocation des membres du Conseil d'administration. Comme pour les fondations reconnues d'utilité publique, un certain parallélisme des formes devrait être observé.

793. Les mêmes observations peuvent être faites en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants. En raison du défaut de spécificité des conditions d'exercice de leur activité, la responsabilité des administrateurs de la fondation d'entreprise devrait être calquée sur celle des administrateurs de la fondation reconnue

d'utilité publique. Nous renvoyons donc aux développements consacrés à ce propos¹.

Si un contrôle particulier s'impose à l'égard des organes dirigeants des fondations d'entreprise, il devrait surtout porter sur l'activité réellement menée par la fondation d'entreprise.

SECTION III- LE CONTROLE DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.

794. Pour éviter que la fondation d'entreprise ne soit le siège d'actions de publicité déguisée des produits de l'entreprise fondatrice, il paraît nécessaire d'envisager le renforcement des modalités de contrôle de la fondation d'entreprise. Le contrôle le plus efficace qui soit est bien évidemment le contrôle préventif. La réglementation de la communication qui entoure les actions réalisées par la fondation d'entreprise (autrement dit la réglementation du « faire-savoir » des actions mécénales) constituerait en même temps qu'une garantie pour les entreprises (qui sauraient ainsi ce qu'elles pourraient faire et ne pas faire) un moyen d'éviter que des fonds de la fondation d'entreprise ne soient détournés de leur affectation désintéressée. Sans doute l'objectif est-il ambitieux : en témoigne la difficulté qu'il y a à distinguer parrainage et mécénat d'entreprise². L'entreprise n'est toutefois pas irréalisable et repose tout-entière sur l'idée que le mécénat à l'inverse du parrainage postule la plus grande discrétion sur le promoteur de l'opération de mécénat. Ainsi, s'il est naturel que des documents (cartons d'invitation, affiches, catalogues) soient diffusés pour faire connaître l'opération, il est exclu qu'à cette occasion, l'activité économique de l'entreprise mécène soit présentée. Pour cette même raison, la mention de la participation des entreprises mécènes à l'opération de mécénat de la fondation d'entreprise devrait être courte et discrète.

Si les entreprises fondatrices ne respectaient pas cette obligation de discrétion, leur fondation pourrait être dissoute dans des conditions qu'il convient de déterminer.

¹ Cf. supra, n° 782.

² Cf. supra, n° 95 et s.

SECTION IV- LE MECANISME DE DISSOLUTION DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.

795. Les hypothèses de dissolution de la fondation d'entreprise appellent quelques commentaires. En premier lieu, en l'absence même d'indication expresse dans la loi, les cas de dissolution de la fondation d'entreprise apparaissent limitativement énumérés. L'arrivée du terme est, du fait de son originalité, la variété de dissolution de la fondation d'entreprise la plus diversement appréciée. Certains mettent en cause la fixation légale du terme pour proposer de réduire à trois ans la durée de vie de la fondation d'entreprise¹. Même s'il n'existe aucune objection théorique à ce que la durée de vie des fondations d'entreprise soit encore réduite, à partir du moment où le principe d'une limitation de durée a été accepté, cette revendication n'est pas dénuée d'une certaine dose de paradoxe dans la mesure où, en revendiquant la création des fondations d'entreprise, les entreprises ont argué de l'absence d'outil juridique leur permettant d'inscrire leur actions de mécénat dans la durée. Il nous semble en effet que, s'il s'agit pour l'entreprise d'inscrire son programme de mécénat pour une durée inférieure à cinq ans, le recours à la fondation d'entreprise soit inapproprié.

796. La cause de dissolution n'est pas indifférente à la procédure de dissolution. Selon la cause de dissolution envisagée, elle donne actuellement lieu ou non à une décision administrative. La distinction opérée est insatisfaisante en ce qu'elle méconnaît le principe de parallélisme des formes.

La cause de dissolution influe également sur la procédure de nomination du liquidateur. Ainsi, ce dernier est désigné par l'autorité judiciaire lorsque la dissolution résulte du retrait d'autorisation ou si le conseil n'a pu procéder à la nomination. Or, il est pour le moins singulier que l'autorité judiciaire prenne part à la procédure de dissolution alors qu'elle n'avait été appelée à intervenir à aucun moment de la procédure de création de la fondation d'entreprise. Il est sans doute possible d'expliquer cette anomalie par l'analogie voulue par le législateur avec le régime de l'association. Ainsi, selon l'article 14 du décret du 16 août 1901, en cas d'omission

¹ A. Grangé-Cabane, op. cit., p. 95. V. également, Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, op. cit., p. 126, qui propose qu'en cas de prorogation de la fondation d'entreprise, celle-ci puisse être décidée pour une durée de trois ans au lieu de cinq ans.

d'indication dans les statuts des conditions de liquidation et de dévolution des biens de l'association ou en l'absence de décision de l'assemblée générale prononçant la dissolution volontaire de l'association, le tribunal nomme, à la requête du ministère public, un curateur dont le rôle est de provoquer la réunion d'une assemblée générale chargée de statuer sur la dévolution des biens et dont les pouvoirs sont calqués sur ceux des curateurs des successions vacantes. Il y a dans cette transposition aux fondations d'entreprise du mécanisme de liquidation des associations une manière de juridictionnaliser la tutelle sur les fondations qui n'est ni cohérente ni opportune. Aussi, mieux vaudrait aligner le régime de liquidation de la fondation d'entreprise sur celui de la fondation reconnue d'utilité publique. Ainsi, en cas de carence du Conseil d'administration, le liquidateur devrait-il être nommé par l'autorité de tutelle plutôt que par l'autorité judiciaire.

Conclusion du Titre II

797. L'efficacité de la technique d'affectation s'apprécie, en principe, en fonction de sa capacité à pérenniser un service d'intérêt général. Sur ce plan, la supériorité de la fondation reconnue d'utilité publique sur la technique d'affectation de biens sans création d'une personne morale nouvelle n'est guère discutable. Il n'y a pas là motif de s'étonner dans la mesure où la fondation reconnue d'utilité publique se consacre exclusivement à la poursuite de l'œuvre d'intérêt général qu'elle incarne et n'est donc pas tentée de détourner les biens affectés vers d'autres emplois.

Du fait de l'autonomie que lui procure la personnalité morale, la fondation reconnue d'utilité publique dispose de plus de la capacité de se procurer des ressources autres que celles qui lui viennent de son fondateur. Il est alors tentant pour elle de se financer par l'exercice d'une activité lucrative. Bien qu'elle ne soit pas interdite par la spécialité légale, l'exercice d'une activité lucrative n'en constitue pas moins pour l'œuvre d'intérêt général un danger potentiel.

Puisque c'est par l'intermédiaire de ses organes que la fondation reconnue d'utilité publique accomplit son activité d'intérêt général, il était, en outre, nécessaire de porter une attention particulière à son dispositif organisationnel. On a pu constater à cette occasion que des réformes structurelles s'imposait. Elles consisteraient, pour l'essentiel, en une organisation pyramidale des différentes instances. Le Conseil d'administration serait ainsi l'instance de décision de la fondation, le bureau, émanation du Conseil d'administration, aurait la mission d'exécuter les décisions prises par le Conseil d'administration ainsi que des prérogatives de gestion quotidienne de la fondation et en sus de ces organes de gestion, serait institué un organe de représentation et d'extériorisation des décisions du Conseil d'administration qui pourrait être le Président de la fondation. Le souci de protection des tiers incite, par ailleurs, à poser dans une loi le principe d'opposabilité aux tiers de l'irrégularité de la nomination du représentant de la fondation ou des clauses restrictives des pouvoirs des dirigeants. En revanche, le régime de responsabilité des dirigeants calqué actuellement sur le droit commun n'appelle pas de réforme particulière.

Il ne nous est pas apparu nécessaire d'ajouter aux organes de la fondation précédemment évoqués une instance spécifique de contrôle puisque cette fonction est déjà assumée par l'autorité administrative de tutelle. Le contrôle de tutelle assurée par

l'autorité de tutelle gagnerait néanmoins à être profondément réaménagé. Dans cette optique, pourrait être envisagé la suppression du contrôle interne de l'Etat, contrôle ambigu et inefficace, et son remplacement par un contrôle permanent exercé par un commissaire du gouvernement ainsi que la simplification des mesures de contrôle a priori.

798. Les mesures de contrôle préconisées ne peuvent avoir vocation à être étendues à la fondation d'entreprise, qui se caractérise déjà par la tutelle administrative allégée dont elle fait l'objet. La raison d'être de cet avantage réside dans le fait que la fondation d'entreprise est la structure d'accueil des actions de communication de l'entreprise fondatrice. La dissolution programmée de la fondation d'entreprise procède de la même idée. Il n'empêche que le régime de dissolution de la fondation d'entreprise n'a pas été correctement organisé du fait d'une assimilation abusive au régime de dissolution de l'association. Le législateur aurait été mieux inspiré s'il s'était référé au modèle de la fondation reconnue d'utilité publique, qui en matière de fondation doit demeurer la référence.

Parce que la fondation d'entreprise est conçue comme la structure d'accueil d'actions de communication de l'entreprise fondatrice, l'entreprise fondatrice doit être maîtresse du choix et de la mise en œuvre des actions de mécénat menées par la fondation d'entreprise. Aussi, la prépondérance des représentants des entreprises fondatrices dans le Conseil d'administration de leurs fondations d'entreprise paraît-elle justifiée. La procédure de nomination de la deuxième catégorie d'administrateurs de la fondation d'entreprise l'est moins. Il serait, en effet, dans l'intérêt du fonctionnement de la fondation d'entreprise que les personnalités qualifiées soient nommées par les entreprises fondatrices parmi une liste de noms établie par le Conseil national des fondations.

799. Il reste que le développement d'actions de communication dans le cadre de la fondation d'entreprise est potentiellement dangereux pour l'œuvre d'intérêt général que la fondation d'entreprise est censée héberger. Sans doute une action de mécénat peut réaliser en même temps une action de communication mais on ne peut ignorer que sous couvert d'actions de mécénat, les entreprises peuvent mener des opérations de promotion publicitaire de leurs produits. La manière la plus simple d'empêcher des pratiques de ce genre consiste à réglementer les actions de communication entourant les actions de la fondation d'entreprise.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

800. Si à l'occasion de l'étude des procédés créateurs de fondations, il est apparu nécessaire de préserver la dualité des techniques juridiques d'affectation de biens à un but d'intérêt général pour répondre à la diversité des volontés exprimées et des moyens destinés à les servir, la vie des fondations a mis en relief la supériorité de la technique d'affectation de biens par personnalisation de l'œuvre d'intérêt général. Sans doute, le recours à la Fondation de France permet-il d'atteindre des résultats sinon identiques du moins équivalents à ceux procurés par la personnalisation de l'œuvre d'intérêt général, mais on ne saurait oublier que ces résultats reposent entièrement sur une donnée de fait, le prestige de cet organisme.

801. Il ne suffisait cependant pas de constater l'utilité de la personnalisation, encore fallait-il s'assurer de la fonctionnalité de la personne morale désignée par le Droit positif c'est-à-dire de la capacité de la fondation reconnue d'utilité publique à pérenniser une œuvre d'intérêt général. La recherche a ainsi permis de découvrir l'originalité marquée de cette personne morale. Son originalité tient d'abord à ce qu'elle ne doit son statut qu'à une pratique administrative jamais codifiée. A l'heure où l'inflation législative est régulièrement dénoncée, pareille étrangeté ne peut qu'être soulevée. L'adoption d'une loi en matière de fondation serait toutefois ici bien venue. Il ne semble pas en effet que la définition du statut des fondations reconnues d'utilité publique dans une loi puisse empêcher l'évolution du droit des fondations et son adaptabilité aux circonstances particulières de chaque projet de création de fondations. Il suffirait, pour ce faire, de combiner dispositions impératives et règles supplétives.

802. L'originalité de la fondation reconnue d'utilité publique se manifeste également dans son organisation et dans son fonctionnement. Comme elle n'est pas un groupement de personnes, l'organisation traditionnelle reposant sur une assemblée composée de la collectivité des membres de la personne morale et sur des organes de gestion ne pouvait être transposée aux fondations. L'idée nécessairement artificielle

de recréer dans la fondation reconnue d'utilité publique cette dualité de composantes sous forme d'une instance de décision et d'une instance de contrôle ne nous a pas convaincue dans la mesure où le contrôle de l'autorité administrative rend inutile l'institution d'un organe de contrôle de l'instance dépositaire de la souveraineté.

803. En effet, la finalité d'intérêt général est un élément marquant de la fondation reconnue d'utilité publique. Elle légitime le contrôle de l'Etat. Ce contrôle appelé contrôle de tutelle est fondé sur un équilibre entre la protection de l'intérêt général et l'autonomie de l'organisme soumis à ce contrôle. Il nous a semblé que le contrôle de tutelle pesant sur les fondations gagnerait à être perfectionné par la suppression du contrôle interne de l'Etat que viendrait compenser l'intensification des mesures de contrôle a posteriori.

804. Mise au service du mécénat d'entreprise, la vie des fondations offre une physionomie particulière. L'œuvre d'intérêt général n'est plus une fin en soi mais devient un moyen au service d'une politique de communication. Cette dépendance de la fondation à l'égard de la stratégie de communication des entreprises fondatrices est institutionnalisée par la fondation d'entreprise qui organise structurellement le lien entre la fondation et ses fondateurs. L'instrumentalisation des fondations par les entreprises n'est pas par elle-même incompatible avec la réalisation d'une activité d'intérêt général. Tout dépend en fait du *degré* d'instrumentalisation des fondations. Or, à aucun endroit n'ont été définies les modalités que pouvait emprunter la politique de communication des entreprises. Il y a là une lacune regrettable ouvrant la porte à toutes les dérives et pouvant à terme aboutir à discréditer le terme même de fondations. Pour y remédier, il nous a semblé que plutôt que d'ajouter aux instances de contrôle, il y aurait lieu de réglementer les actions de communication entourant les actions de mécénat des fondations d'entreprise.

CONCLUSION GENERALE

805. L'étude du régime juridique des fondations illustre l'importance de la technique juridique dans l'élaboration du Droit. En effet, il ne servirait à rien d'exprimer une volonté d'affecter des biens si la technique juridique ne suivait pas. Notre première tâche a donc été de décrire les mécanismes créateurs de fondations. Pour ce faire, notre choix a été de partir de la définition légale plutôt que de nous limiter à l'étroite attribution légale de la dénomination de fondation. Dans cette optique, tous les procédés qui permettent l'affectation durable, individualisée et irrévocable de biens entraient dans le champ de nos investigations. Dans tous les cas, la technique actuelle d'affectation consiste en un transfert de biens à un sujet de droit préexistant au transfert, sujet qui peut parfois avoir été créé à cet effet. Le fondateur a en effet le choix entre transférer des biens à une personne juridique en lui enjoignant de donner aux biens la destination d'intérêt général voulue par lui ou créer une personne morale nouvelle dont l'objet statutaire correspond à l'objectif d'intérêt général recherché.

806. L'opération de qualification de ce transfert s'est heurtée à quelques difficultés liées à la dichotomie entre acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux. La qualification onéreuse ou gratuite du transfert est en fait fonction de la qualité de l'attributaire des biens. Lorsque l'exécution de l'affectation réalise un sacrifice pour le destinataire des biens, l'acte est à titre onéreux, sauf à ce que la fondation soit créée par acte à cause de mort. En application de ce critère, l'acte de création d'une personne morale nouvelle ne peut être analysé, faute de sacrifice, autrement que comme un acte à titre gratuit. En revanche, la fondation créée par transfert de biens à une personne physique ou morale moyennant l'obligation pour cette dernière de donner aux biens la destination voulue par le fondateur doit être analysée en un acte à titre onéreux si l'affectation réalise un sacrifice pour l'affectataire. Il a fallu toutefois excepter de cette analyse les personnes morales de droit public qui agissent par des procédés de droit public.

807. Le processus d'affectation impose également de prendre en considération la finalité de l'affectation pour ne retenir que les procédés permettant une affectation de biens à une œuvre d'intérêt général pérenne. Pour ce faire, une sélection des personnes attributaires des biens a dû être opérée pour ne retenir, s'agissant des personnes morales préexistantes à l'acte de fondation, que les personnes morales de droit public et les établissements d'utilité publique. Lorsqu'il s'agit de créer une personne morale nouvelle, le choix est encore plus réduit puisqu'il se limite pratiquement à la création d'une fondation reconnue d'utilité publique.

808. Il ne suffisait pas de décrire la technique d'affectation ; il fallait également l'apprécier. Le Droit des fondations ne peut espérer convaincre que si son efficacité est démontrée c'est-à-dire s'il permet aux biens de recevoir la destination voulue par le fondateur. Ce qui suppose au premier chef que l'acte de fondation ne soit pas invalidé ou atteint de quelque autre cause d'inefficacité. Sur ce point, il a pu être constaté une certaine bienveillance du Droit envers les fondations, qui s'explique sans doute par leur finalité d'intérêt général. Toutefois, cette bienveillance s'est parfois exprimée au détriment des cadres juridiques qui l'accueillent, à tel point que l'acte de fondation a pu être dénoncé comme étant un élément perturbateur du droit des libéralités. La notion d'acte libéral s'en trouverait même selon certains dénaturée. Il est vrai, en tout cas, que dans les fondations, la personne du gratifié apparaît sinon indifférente du moins secondaire dans l'esprit du fondateur, contrevenant ainsi à l'intuitus personae essentiel dans le droit des libéralités.

809. La théorie personnaliste du patrimoine a également montré ses limites en ce qu'en exigeant le transfert de biens à une personne juridique préexistante, elle a conduit la jurisprudence à recourir à une interprétation « constructive » de la volonté du fondateur qui trouve sa meilleure illustration dans le legs avec charge de fonder. De même, lorsqu'il s'est agi de rechercher le sujet de droit de la personne morale-fondation, il est apparu que les théories de la réalité ont échoué en ce qu'il est impossible de démontrer l'existence dans la fondation d'un intérêt collectif, faute de groupement. Il y a là autant d'éléments de démonstration de la particularité de la propriété fondative, de son essence de patrimoine d'affectation.

Fallait-il pour autant en déduire l'impropriété de l'insertion de l'acte de fondation dans le moule des libéralités et en conclure que les imperfections du Droit des

fondations ne pouvaient être résolues que par l'introduction dans notre droit des théories du patrimoine d'affectation ? Il nous est apparu, au contraire, impossible de transposer dans notre Droit positif ces théories d'origine germanique parce qu'elles paraissent incompatibles avec notre système juridique. Ainsi, la théorie des patrimoines d'affectation, qui autorise la division du patrimoine général d'un individu en autant de patrimoines spécialisés correspondant à l'affectation de droits et obligations à un intérêt spécifique, ne peut prospérer lorsqu'il s'agit de fondations puisque la fondation ne saurait survivre au décès du fondateur, le droit français ne sachant pas réaliser la transmission du patrimoine d'affectation. La même observation peut être faite à propos de la fiducie. Celle-ci génère une modification de la propriété, ce qui explique peut-être qu'elle ne puisse qu'être temporaire. En tout cas, la durée temporaire de la fiducie ne peut satisfaire à la pérennité de la fondation.

810. C'est alors dans le respect de la théorie personnaliste du patrimoine que doivent être résolues les difficultés. Et de fait, il est possible de trouver au sein de notre ordre juridique des remèdes aux imperfections signalées. Dans cette optique, il nous a semblé nécessaire, non seulement de préserver la dualité actuelle des techniques d'affectation c'est-à-dire la possibilité de créer des fondations autonomes et des fondations non autonomes, mais également de les inscrire formellement dans une loi sur les fondations. Les remèdes envisagés aux techniques d'affectation doivent dans la mesure du possible respecter la nature de la propriété fondative. Ainsi, il nous a semblé que les avatars de la théorie personnaliste du patrimoine et l'obstacle de la fonctionnalité des personnes morales contenu dans le principe de spécialité trouveraient remède, pour les fondations non personnalisées, dans le recours à la Fondation de France. Il pourrait également être paré aux inconvénients de la technique d'affectation par personnalisation de l'œuvre d'intérêt général par la reconnaissance législative de la spécificité de l'acte de fondation. Cet objectif déjà en partie atteint par l'institution du legs direct à fondation future trouverait son aboutissement dans la consécration légale de l'analyse de l'acte créateur d'une personne morale nouvelle en un engagement unilatéral de volonté conditionnel.

811. La reconnaissance de la spécificité de l'acte de fondation impose également de prendre en compte la finalité de l'affectation, cette dernière servant de « boussole » et délimitant l'évolution de la technique juridique. Ainsi, le label d'intérêt général attribué par les pouvoirs publics à la fondation légitime la soumission à autorisation

préalable de la création d'une fondation reconnue d'utilité publique. Quoique justifié en son principe, le contrôle administratif gagnerait néanmoins à être repensé et simplifié.

C'est paradoxalement à raison de ce même but d'intérêt général que les personnes morales de droit public se sont vues, à tort, interdire la création de fondations reconnues d'utilité publique. En revanche, le but d'intérêt général de l'affectation n'a pas fait obstacle à l'accueil du mécénat d'entreprise. Les personnes morales à but économique peuvent, à l'instar des personnes morales à but désintéressé, fonder, l'acte de fondation étant à la fois conforme à leur finalité et à leur intérêt social. De plus, le mécénat d'entreprise présente cette particularité de vouloir instrumentaliser les fondations pour n'en faire qu'un élément de la stratégie des entreprises de valorisation de leur image de marque. Il n'y a là aucun obstacle dirimant ; bien au contraire, les entreprises personnalisées se sont vues offrir une personne morale faite sur mesure, la fondation d'entreprise qui déroge à l'impératif d'affectation pérenne des biens.

Le concept d'intérêt général pouvait sans doute être assoupli pour accueillir le mécénat d'entreprise mais il ne pouvait se voir accorder la primauté absolue. Ainsi, le service d'intérêt général que rendent les fondations à la collectivité ne peut primer sur la considération de l'intérêt des familles et justifier la suppression du mécanisme de la réserve héréditaire aux fins de rendre plus aisée la création de fondations.

812. Les procédés créateurs de fondations que nous avons proposés ont, en principe, été choisis en fonction de leur capacité à donner naissance à une œuvre d'intérêt général à vocation pérenne. D'ici à conclure que l'utilisation de la technique de création proposée aboutirait inmanquablement à produire l'effet attendu c'est-à-dire à donner aux biens la destination pérenne et irrévocable voulue, il y a un pas trop vite franchi. Il y aurait là, en effet, une approche trop partielle du mécanisme d'affectation. Il est nécessaire de se placer au stade de l'exécution pour s'assurer que la technique d'affectation produit les effets voulus par le fondateur. Cette approche plus dynamique du mécanisme d'affectation induit une exploration de la mécanique interne des fondations. Il s'agit alors de s'interroger sur la capacité des fondations à appréhender et à maîtriser le futur. Si le recours à la Fondation de France offre des garanties d'exécution plus sérieuses que l'entremise d'un autre organisme, il ne peut

réellement égaier la technique d'affectation de biens par personnalisation de l'œuvre d'intérêt général. L'autonomie de l'œuvre d'intérêt général est le meilleur gage de cette supériorité. Cependant, la pérennisation de l'œuvre d'intérêt général que la fondation reconnue d'utilité publique personnalise pourrait être atteinte plus sûrement encore par une redéfinition des modalités de contrôle pesant sur les fondations et du dispositif organisationnel de la fondation. Il n'est pas apparu nécessaire d'aller plus avant et d'augmenter les ressources de la fondation en l'autorisant à mener une activité économique à titre principal : ce serait là hypothéquer le futur de la fondation, qui doit se consacrer avant toute chose à sa mission de pérennisation d'un service d'intérêt général. Dans le cadre du mécénat d'entreprise, la pérennisation de l'œuvre d'intérêt général n'est pas l'objectif primordial des entreprises fondatrices qui sont bien plus intéressées par leur stratégie de communication. Cette stratégie de communication est structurellement organisée dans la fondation d'entreprise mais les modalités de la politique de communication susceptible d'être développée dans ce cadre ne sont pas définies. La protection de la dénomination de fondation incite à réglementer les actions de communication entourant le mécénat d'entreprise.

813. Si ces réformes devaient être introduites, les fondations se verraient doter sans trop de frais d'un régime juridique à la fois plus attrayant et plus sûr. Ces réformes proposées ne peuvent être entreprises sans l'intervention du législateur. Sans doute, le Droit des fondations n'est-il pas une priorité dans l'agenda législatif ; mais eu égard aux divers et innombrables services qu'elles rendent à la communauté humaine, les fondations méritent sans conteste cet effort.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

adde	ajouter.
A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif.
Al.	alinéa.
Art.	article.
Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation.
B.F	Bulletin fiscal de Francis Lefebvre.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation.
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
Bulletin Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés.
Cass.	Cour de Cassation.
Chr.	Chronique.
Civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation.
C. civ.	Code civil
Com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation.
Comp.	comparer.
Contra	solution contraire.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de Cassation.
D.	Recueil Dalloz.
D.A.	Dalloz Analytique.
D.C.	Dalloz Critique.
D.H.	Dalloz Hebdomadaire.
Doctr.	Doctrine.
D.P.	Dalloz Périodique.
éd.	édition.
G.P.	Gazette du Palais.

Ibid.	au même endroit.
Infra	ci-dessous.
I.R	Informations rapides au Recueil Dalloz.
J.	Jurisprudence.
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique, édition Générale.
J.C.P. éd. C.I	Juris-Classeur Périodique, édition commerce et industrie.
J.C.P. éd. E	Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise.
J.C.P. éd. N.	Juris-Classeur Périodique, édition notariale.
J.O	Journal officiel.
L.	loi.
Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, Lebon.
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Loc. cit.	loco citato ou à l'endroit précité.
Obs.	observations.
Op. cit.	opere citato ou ouvrage précité.
Pan.	panorama.
Par ex.	par exemple.
Petites Affiches	Les Petites Affiches.
Préc.	précité.
Rappr.	rapprocher.
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.
Répertoire civil	Répertoire Dalloz de droit civil.
Répertoire de droit international privé	Répertoire de droit international Dalloz.
Rép. Déf.	Répertoire du notariat Defrénois.
Rép. gén. prat. not.	Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement.
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
Rev. crit. dr. int. priv.	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. lég. Jur.	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
Revue fr. de droit adm	Revue Française de Droit administratif.

R.T.D.C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
R.T.D. Com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
s.	suivant.
S.	Recueil Sirey.
Soc.	Chambre sociale de la Cour de Cassation.
Somm.	Sommaire.
Spéc.	spécialement.
Supra	ci-dessus.
T. civ.	Tribunal civil.
T.G.I	Tribunal de grande instance.
Trib. des Conflits	Tribunal des conflits.
V.	voir.
V°	mot.
Vol.	volume.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX.

AUBRY ET RAU :

Cours de Droit civil français, tome 11, 6^{ème} éd., par P. Esmein, Paris, éditions techniques, 1956.

Cours de droit civil français, tome 9, 5^{ème} éd., par E. Bartin, Paris, Marchal et Billard, 1917.

BAUDRY-LACANTINERIE :

Traité théorique et pratique de droit civil, tome 1, 3^{ème} éd., par M. Colin, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1905.

BENABENT :

Droit civil, Les obligations, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1997.

BEUDANT ET LEREBOURS-PIGEONNIERE :

Cours de droit civil français, tome 6, 2^{ème} édition, par P. Voirin, Paris, Rousseau, 1934.

CARBONNIER :

Droit civil, tome 1, Les personnes, 3^{ème} éd., P.U.F, 1962.

Droit civil, tome 1, Les personnes, 20^{ème} éd., P.U.F, 1996.

Droit civil, tome 4, Les obligations, 21^{ème} éd., P.U.F, 1998.

Droit civil, tome 3, Les biens, 18^{ème} éd., P.U.F, 1998.

Flexible droit, 7^{ème} éd., L.G.D.J., 1992.

Essais sur les lois, 2^{ème} éd., Paris, Répertoire du notariat Défrénois, 1995.

COLIN ET CAPITANT :

Cours élémentaire de Droit civil français, tome 3, 10^{ème} éd., par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, 1950.

Cours élémentaire de Droit civil français, tome 2, 10^{ème} éd., par L. Julliot de La Morandière, Paris, Dalloz, 1948.

DEBBASCH, BOURDON, PONTIER, RICCI :

Droit administratif des biens, thémis Droit public, P.U.F, 1994.

DE LAUBADERE ET GAUDEMET :

Traité de droit administratif, tome 2, 11^{ème} éd., L.G.D.J., 1998.

DE LAUBADERE, GAUDEMET, VENEZIA :

Traité de droit administratif, tome 1, 14^{ème} éd., L.G.D.J., 1996.

FLOUR ET AUBERT :

Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 8^{ème} éd., par J.L Aubert, coll. U, Armand Colin, 1998.

FLOUR ET SOULEAU :

Droit civil, Les libéralités, par H. Souleau, coll. U, Armand Colin, 1982.

Droit civil, Les successions, 3^{ème} édition, par H. Souleau, coll. U, Armand Colin, 1991.

GODFRIN :

Droit administratif des biens, 5^{ème} éd., coll. U, Armand Colin, 1997.

GRIMALDI :

Droit civil, Successions, 5^{ème} édition, Litec, 1998.

GUYON :

Droit des Affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés, 10^{ème} éd., Economica, 1998.

HAURIOU :

Principes de droit public, 2^{ème} éd., Sirey, 1916.

Précis de droit constitutionnel, 2^{ème} éd., Sirey, 1929.

Précis de droit administratif, 5^{ème} éd., Sirey, 1943.

JEZE :

Les principes généraux du droit administratif, 3^{ème} éd., tome 2, Paris, Giard, 1930.

LARROUMET :

Les obligations, tome 3, Les obligations, Le Contrat, 4^{ème} éd., Economica, 1998.

LAURENT :

Principes de Droit civil, tome 14, 3^{ème} éd., Bruxelles, Paris, 1878.

LAVIALLE :

Droit administratif des biens, P.U.F, 1996.

MALAURIE ET AYNES :

Droit civil, tome 4, Les biens, La publicité foncière, 4^{ème} éd., par P. Théry, Cujas, 1998.

Droit civil, tome 5, Les successions, Les libéralités, 4^{ème} éd., par P. Malaurie avec le concours de P.J Claux et N. Gouzigou-Suhas, Cujas, 1998.

Droit civil, tome 6, Les obligations, 9^{ème} éd., par L. Aynès, Cujas, 1998-1999.

MARTY ET RAYNAUD :

Droit civil, Successions, Libéralités, Sirey, 1983.

Droit civil, Les obligations, tome 1, 2^{ème} éd., Dalloz, 1988.

MAYER :

Droit international privé, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1998.

MAZEAUD :

Leçons de Droit civil, tome 4, vol. 2, Successions, Libéralités, 5^{ème} éd., par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999.

PATAULT :

Introduction historique au droit des biens, P.U.F, 1989.

PLANIO ET RIPERT :

Traité pratique de droit civil français, tome 6, Obligations, 2^{ème} éd., par P. Esmein, Paris, L.G.D.J., 1952.

Traité pratique de droit civil français, tome 5, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, Paris, L.G.D.J., 1957.

RIPERT ET BOULANGER :

Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, tome 4, Paris, L.G.D.J., 1959.

RIPERT ET ROBLOT :

Traité de droit commercial, tome 1, 17^{ème} éd., par M. Germain et L. Vogel, L.G.D.J., 1998.

SERIAUX :

Les successions, Les libéralités, coll. Droit fondamental, P.U.F, 2^{ème} éd., 1993.

STARCK, ROLAND, BOYER :

Introduction au Droit, 4^{ème} éd., Litec, 1996.

Droit civil, Les obligations, Le contrat, 6^{ème} éd., Litec, 1998.

TERRE ET FENOUILLET :

Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, 6^{ème} éd., Dalloz, 1996.

TERRE ET LEQUETTE :

Droit civil, Les successions, Les libéralités, 3^{ème} éd., Dalloz, 1997.

TERRE ET SIMLER :

Droit civil, Les biens, 5^{ème} éd., Dalloz, 1998.

TERRE, SIMLER, LEQUETTE :

Droit civil, Les Obligations, 7^{ème} éd., Dalloz, 1999.

VEDEL ET DELVOLVE :

Droit administratif, vol. 1, 12^{ème} éd., Thémis, 1992.

II- OUVRAGES SPECIAUX, COURS, MEMOIRES, MELANGES, MONOGRAPHIES, RAPPORTS, THESES, TRAVAUX COLLECTIFS.

ADMICAL :

Les aspects juridiques et fiscaux du mécénat d'entreprise, ADMICAL, juill. 1985.

On demande entreprises mécènes ! Enquête sur le mécénat culturel d'entreprise, préface de J. Rigaud, Chotard éditeurs, 1982.

ALFANDARI :

Les Associations et fondations en Europe, régime juridique et fiscal, Juris-Service, 1994.

AUBERT :

Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 109, 1970, préface J. Flour.

AYNES :

L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français, thèse, 1981, Economica.

BARBIERI :

Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977.

BARON :

Les Fondations, mémoire D.E.A droit public, 1989-1990.

BARON ET DELSOL :

Les fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise, Régime juridique et fiscal, Juris-Service, 1992.

BARTIN :

Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes moeurs, Paris, 1887.

BEHAR-TOUCHAIS :

Le décès du contractant, éd. Economica, 1988.

BELIN :

Recherches sur la notion d'utilité publique en Droit administratif français, Dalloz, 1933.

BENOIST :

Les dons et legs à personne morale et le principe de spécialité, thèse Paris, 1938.

BEQUE :

Théorie générale de la spécialité des personnes morales, thèse Grenoble, 1908.

BERAUDO :

Les trusts anglo-saxons et le droit français, L.G.D.J., 1992.

BERRA :

Le principe de libre disposition des biens en Droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique, thèse Nancy, 2 vol., dactyl., 1969.

BIENVENU MARTIN :

Notes de jurisprudence, Melun, 1892.

BOITARD :

Les contrats de services gratuits, thèse Paris, 1941.

BOUYSSOU :

Les libéralités avec charges en droit civil français, thèse Toulouse, 1945, Sirey, éd. 1947, préface G. Marty.

CAPITANT :

De la cause des obligations, 3^{ème} éd., Paris, 1927.

CARBONNIER :

Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, thèse Bordeaux, 1932.

CHABAS :

De la déclaration de volonté en Droit civil français, thèse Paris, 1931.

CHAMPEAUX :

Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, thèse Strasbourg, 1931.

72^{EME} CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE :

La dévolution successorale, Deauville 1975.

92^{EME} CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE :

Le monde associatif, Deauville 12-15 mai 1996.

CONSEIL D'ETAT :

Rendre plus attractif le Droit des fondations, Documentation française, 1997.

CONSTANS :

Le dualisme de la personne morale en droit français, préface J.M Auby, Dalloz, 1966.

CONTAMINE-RAYNAUD :

L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris, dactyl., 1974.

COQUET :

Les fondations privées d'après la jurisprudence française, thèse Poitiers, 1908.

COULOMBEL :

Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, thèse Nancy, 1950.

COURTOIS :

Droit et fiscalité des associations et fondations, Nouvelles fiscales n° 596 (spécial), 15 décembre 1989.

CROCQ :

Propriété et garantie, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 248, 1995, préface M. Gobert.

DABIN :

Le Droit subjectif, Dalloz, 1952.

DEBBASCH (sous la direction de) :

Les fondations, un mécénat pour notre temps ?, Economica, 1987.

DEBBASCH ET LANGERON :

Les fondations ?, Que sais je ?, P.U.F, 1992.

DE BREBISSON :

Le mécénat, Que sais-je ?, P.U.F, 1993.

DE FONT-REAULX :

Les fondations en droit français, Semaine internationale de droit, 1937.

DEJUST :

Des fondations de messes, thèse Paris, 1908.

DEMICHEL :

Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 29, 2 vol., 1960, préface J.M Auby.

DESPAX :

L'entreprise et le droit, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 1, 1957, préface G. Marty.

DE VAREILLES-SOMMIERES :

Les personnes morales, Paris, Cotillon, 1902.

DIRECTION DU DEVELOPPEMENT CULTUREL DU MINISTERE DE LA CULTURE :

Guide juridique et fiscal du mécénat d'entreprise, Paris, A.G.E.C, 1986.

DUPEYROUX :

Contribution à la théorie générale de l'acte gratuit, thèse Toulouse, 1955.

DUPUY (sous la direction de) :

Le droit des fondations en France et à l'étranger, Notes et études documentaires, n° 4879, Documentation française, 1989.

DUQUESNE :

Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine, V° Fondations.

DURNERIN :

La notion de passif successoral, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 217, 1992, préface G. Cornu.

ENCINAS DE MUNAGORRI :

L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 254, 1996, préface A. Lyon-Caen.

EUZET :

Nature juridique de la fondation de messes, thèse Aix, 1906.

FERSTENBERT :

Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques, thèse Paris II, dactyl., 2 vol., 1976.

FLATTET :

Les contrats pour le compte d'autrui, thèse Paris, Sirey, 1950.

GAILLARD :

Le pouvoir en Droit privé, Economica, 1985.

GARDEY :

De la saisine héréditaire dans ses rapports avec l'obligation indéfinie aux dettes, thèse Bordeaux, 1906.

GARRIGOU-LAGRANGE :

Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 99, 1970.

GASTAUD :

Personnalité morale et droit subjectif, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 149, 1977, préface J.P Sortais.

GAZIN :

Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910.

GENY (B) :

La collaboration des particuliers avec l'Administration, Sirey, 1930, préface G. Renard.

GENY (F.):

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1899.

GEOUFFRE DE LAPRADELLE :

Les fondations, thèse Grenoble, 1894.

GERSCHEL :

Les groupements sportifs professionnels : aspects juridiques, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 243, 1994, préface C. Gavalda.

GOBERT :

Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, Sirey, 1957, préface J. Flour.

GOBIN :

Le mécénat, histoire, droit, fiscalité, Entreprise moderne d'édition, 1987.

GOUBEAUX :

Personne morale, droit des personnes et droit des biens, Mélanges R. Roblot, L.G.D.J., 1984.

GRANGE-CABANE :

Donner au mécénat un nouvel essor : rapport à monsieur le ministre de la culture et de la francophonie, 1994.

GRUA :

L'acte à titre gratuit en droit commercial, thèse Paris I, 1978.

GRUNEBAUM-BALLIN :

La séparation des Eglises et de l'Etat, Société nouvelle de librairie et d'édition, 2^{ème} éd., 1905.

GUINCHARD :

L'affectation des biens en droit privé français, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 145, 1976, préface R. Nerson.

HAMEL :

La notion de cause dans les libéralités, thèse Paris, 1920.

HAURIOU :

La théorie de l'institution et de la fondation, les cahiers de la nouvelle journée, 1925, n°4 (La cité moderne et les transformations du Droit).

HENRY :

De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse Paris, 1913.

(VON) IHERING :

L'esprit du droit romain, trad. O. de Meulenaere, tome 4, 3^{ème} éd., 1888.

INSTITUT LA BOETIE :

Développer la philanthropie : pour un trust à la française, Institut la Boétie, 1991

IZORCHE :

L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, thèse Aix, 1989.

JALLU :

Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel, thèse Paris, 1902.

JOLY :

Le mécénat culturel d'entreprise, un rôle stratégique dans notre société, mémoire Paris I, nov. 1991.

JOSSERAND :

Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, 1928.

KONDYLI :

La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 275, 1997, préface P. Catala.

LALOU :

Etude de la maxime infans conceptus pro nato habetur, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1904.

LAMBERT :

La stipulation pour autrui, thèse Paris, 1893.

LARROUMET :

Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse Bordeaux, 1968.

LASZLO-FENOUILLET :

La conscience, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 235, 1993, préface G. Cornu.

LATOURNERIE :

Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952.

LAURIOL :

La subrogation réelle, thèse Alger, 2 tomes, 1952.

LAVIALLE :

Des rapports entre le domaine public et le régime des fondations, R.D.P. 1990, p. 469 et s.

LENA :

Fiscalité du mécénat, P.U.F, 1991.

LEPELTIER :

Associations, fondations, congrégations, Joly, 1994.

LEROYER :

Les fictions juridiques, thèse Paris II, 2 vol., 1995.

LEVENEUR :

Situations de fait et droit privé, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 212, 1990, préface M. Gobert.

LINDITCH :

Recherche sur la personne morale en Droit administratif, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 176, 1997, préface J-A Mazères.

LINOTTE :

Recherche sur la notion d'intérêt général en Droit administratif français, thèse Bordeaux, dactyl., 1975.

LIVET :

L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, thèse Paris II, 1972.

LOTTI :

Le Droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, thèse Paris XI, 1999.

LUCET :

Des rapports entre régimes matrimoniaux et libéralités entre époux, thèse Paris II, 1987.

MACCIONI :

L'image de marque, collection Economica, 1994.

MADIOT :

Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : Recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 103, 1971, préface J. Lamarque.

MANGIN :

Les fondations en Alsace et en Lorraine de 1870 à nos jours, thèse Strasbourg, 1927.

MARTIN DE LA MOUTTE :

L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sur sa technique en Droit civil, thèse Toulouse, 1951.

MARX :

Les donations par souscription, thèse Nancy, 1934.

MAURY :

Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français, thèse Toulouse, 2 tomes, 1920.

MEAU-LAUTOUR :

La donation déguisée en Droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation, L.G.D.J., « collection bibliothèque de droit privé », tome 184, 1985, préface P. Raynaud.

MEMENTO LEFEBVRE :

Associations et Fondations, 1999-2000.

MESCHERIAKOFF, FRANGI, KDHIR :

Droit des associations, P.U.F, 1996.

MICHOUD :

La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3^{ème} éd., par L. Trotabas, Paris, L.G.D.J., 2 vol., 1932.

MILHAC :

La notion de condition dans la vente, thèse Paris I, 1996.

MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, SERVICE DES ETUDES ET DE LA RECHERCHE :

Le mécénat et les fondations : bibliographie, 1987.

MONNIER :

Les décisions implicites d'acceptation de l'Administration, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 166, 1992, préface M. Fromont.

MONTREDON :

La désolennisation des libéralités, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 209, 1989, préface B. Teyssié.

NEGRIN :

L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 102, 1971, préface C. Debbasch.

ODENT :

Contentieux administratif, cours I.E.P, 1970-71, tome 5.

LOUDIN :

Les fondations démocratiques à vocation politique en France, Rapport au premier ministre, Paris, La Documentation française, 1997.

OVERSTAKE :

Essai de classification des contrats spéciaux, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 91, 1969, préface J. Bréthe de La Gressaye.

OZANAM :

Associations, syndicats, fondations leur formation et leur fonctionnement, 4^{ème} édition, Sirey, 1964.

PAIHLE :

La création des fondations autonomes en droit positif français, thèse Grenoble, 1939.

PERCEROU :

La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.

PIQUET :

Sponsoring et mécénat, Paris, Vuibert, 1985.

PLASTARA :

La notion juridique de patrimoine, thèse Paris, 1903.

POMEY :

Traité des fondations d'utilité publique, P.U.F, 1980.

PONSARD :

Les donations indirectes en Droit civil français, thèse Dijon, 1946.

RANOUIL :

La subrogation réelle, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 187, 1985, préface P. Malaurie.

RAVIER DU MAGNY :

Le contrat de fondation, thèse Grenoble, 1894.

REGOURD :

L'acte de tutelle en droit administratif français, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 142, 1982, préface J-A Mazères.

REYNAUD ET LAGRANGE :

Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat, Melun, 1899.

RIEG :

Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 19, 1961, préface R. Perrot.

RIPERT (G) :

Cours de droit civil approfondi et comparé, Paris, 1930-1931.

RIPERT (H.) :

Le principe de spécialité chez les personnes morales de droit administratif et son application en matière de dons et de legs, Paris, 1906.

RONGERE :

Le procédé de l'acte-type, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », 1968, tome 84, préface J. Rivero.

ROSE :

L'Or pour l'art, Paris, Flammarion, 1986.

ROSSINI :

Les établissements de santé privés à but non lucratif, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 165, 1992, préface F. Babinet et J. Waline.

ROUJOU DE BOUBEE :

Essai sur l'acte juridique collectif, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 27, 1961, préface de G. Marty.

SALEILLES :

De la personnalité juridique, Histoire et théories, 2^{ème} éd., Paris, Rousseau, 1922.

Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 3^{ème} éd., 1925.

SALVANES :

Rapport sur le mécénat présenté au Conseil économique et social, J.O Cons. Eco. Soc., 6 avril 1982.

SAVATIER :

Du Droit civil au Droit public, A travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1950.

SAYAG (sous la direction de) :

Etudes du C.R.E.D.A, L'entreprise personnelle, tome 2, critique et prospective, Litec, 1983.

SEBAG :

La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938, p. 335 et s.

SENAT :

Service des affaires européennes, Cellule de législation comparée, le régime des fondations à l'étranger, Sénat, Paris, nov. 1989.

SOULEAU :

L'acte de fondation en droit français, thèse Paris, dactyl., 1969.

SOUM :

La transmission de la succession testamentaire, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 8, 1957, préface P. Hébraud.

SOUSI ET THEVENET :

Les associations, Dalloz, 1985.

STORCK :

Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit privé », tome 172, 1982, préface D. Huet-Weiller.

STRUSS ET BECKERS :

Les lois locales en vigueur dans le ressort de la Cour d'appel de Colmar, Colmar, 1954 (2 volumes), rééd. Partielle 1974.

TCHENDJOU :

Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui, thèse Paris I, 1995.

TERRE :

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J., 1956.

TRUCHET :

Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 125, 1977, préface J. Boulouis.

TRUCHY :

Des fondations, thèse Paris, 1888.

UNION DES ANNONCEURS (UDA) :

Vade Mecum de la fondation d'entreprise.

VALLEE :

Les fondations et le mécénat d'entreprise, Delmas, 1994.

VALLEUR :

L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris, 1938.

VALLOIR :

Essai sur la notion d'acte à titre gratuit, thèse Rennes, 1919.

VESCIA :

Le mécénat d'entreprise, Economica, 1987.

WEBER :

L'administration consultative, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 82, 1968, préface C. Durand-Prinborgne.

WICKER :

Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., coll.

« bibliothèque de droit privé », tome 253, 1997, préface J. Amiel-Donat.

WITZ :

La fiducie en droit privé français, Paris, éd. Economica, 1981.

YOLKA :

La propriété publique, L.G.D.J., coll. « bibliothèque de droit public », tome 191, 1997, préface Y. Gaudemet.

III- ARTICLES ET CHRONIQUES.

ALFANDARI :

Les associations, dérive d'une liberté, Cahiers de droit de l'entreprise, 1986, n° 5, Entretiens de Nanterre, p. 35 et s.

Associations et sociétés : points de rencontre, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 47 et s.

La loi du 4 juillet 1990, R.T.D. Com. 1990, p. 608 et s.

ALFANDARI ET JEANTIN :

Le projet d'association européenne, J.C.P. 1988, I, 3345.

ALIBERT :

A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978, p. 63 et s.

ANCEL :

Jurisqueur civil, article 900-2 à 900-8, 1996.

Jurisqueur civil, article 911, 1994.

AUBERT :

Répertoire civil, v° engagement unilatéral de volonté, 1998.

BARABE :

Le mécénat va-t-il supplanter le sponsoring ?, Petites Affiches, 9 sept. 1991, n° 108, p. 4 et s.

BARON ET DELSOL :

Vers une expansion des fondations, Juris-Associations 1991, n° 59, p. 37 et s.

BARON ET MALLHIERI :

La mise à disposition de locaux publics, Juris-Associations 1996, n° 137, p. 24 et s.

BELTRAME :

Fondations, mécénat et fiscalité en Europe, in Les Fondations, un mécénat pour notre temps, Economica, 1987, p. 69 et s.

BENABENT :

La fiducie (Analyse d'un projet de loi lacunaire), J.C.P. 1993, éd. N, I, p. 275 et s.

BINI ET ROTH :

La création de sociétés filiales par une association, Bulletin Joly, 1996, p. 657.

BISCHOFF :

Jurisqueur droit international privé français, fascicule 526, 1984.

BLAISE :

Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans l'activité économique, in Etudes en l'honneur de Roger Houin, Sirey, 1985, p. 35 et s.

BODSON :

Le contentieux du personnel des fondations, Petites affiches, 22 avr. 1994, n° 48, p. 12 et s.

BOULANGER :

Jurisqueleur civil, article 724, 1987.

BRICHET :

Une association peut-elle être une personne morale commerçante ?, J.C.P 1989, I, 3385.

Jurisqueleur administratif, fascicule 165, 1995.

BRUCK :

Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines, Revue internationale des Droits de l'Antiquité, 3^{ème} série, II, 1955, p. 159 et s.

CAMBASSEDES :

La nature et le régime juridique de l'opération d'apport, Revue des Sociétés 1976, p. 431 et s.

CANET :

Le régime des fondations en France, in Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 433 et s.

CANTIN CUMYN :

L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique, D. 1992, chr., p. 117 et s.

CAPITANT :

Essai sur la subrogation réelle, R.T.D C. 1919, p. 385 et s.

CATALA :

La constitution des fondations et le Code civil, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, Documentation française 1997, p. 167 et s.

Problèmes de droit civil durant la vie des fondations, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le Droit des fondations, Documentation française 1997, p. 180 et s.

CHABOT :

Réflexions sur la responsabilité civile de l'association et de ses dirigeants, Rép. Déf. 1999, art. 37015.

CHAMPAUD :

L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire E.P.R.L. dans le droit français, R.T.D. Com. 1979, p. 579 et s.

CHANTEUX-BUI :

La révocation des libéralités pour inexécution des charges, J.C.P. 1979, éd. N, I, p. 263 et s.

CHAPPERT :

La fiscalité des organismes sans but lucratif, Rép. Déf. 1996, art. 36292.

CHARLIN :

La fiducie-libéralité, Essai de synthèse en vue d'un contrat, in Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg, sept. 1984, FEDUCI, L.G.D.J. 1985, p. 135 et s.

CHASSAGNADE-BELMIN :

Les apports aux associations, Journal des notaires et des avocats, 1958, art. 45646, p. 577 et s.

CHAVANNE :

L'approche du ministère de l'Intérieur, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, Economica, 1987, p. 33 et s.

CHEVALLIER :

Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, P.U.F, 1978

CLAVAGNIER :

Comment définir juridiquement la notion de subvention ?, Juris-Associations 1997, n° 155, p. 29 et s.

COHET-CORDEY :

La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français, R.T.D.C. 1996, p. 819 et s.

CORVEST :

L'inaliénabilité conventionnelle, Rép. Déf. 1979, 1^{re} part., art. 32126.

COURET :

La loi sur le mécénat, Bulletin Joly, 1987, Doctr., p. 753 et s.

COURTOIS :

La Fondation de France, Administration, juin 1978, p. 130 et s.

DAUBLON :

Remarques sur les fondations, Rép. Déf. 1996, art. 36297.

DAVID :

La vie des fondations, R.T.D.C 1959, p. 665 et s.

DEBBASCH :

Le nouveau statut des fondations : Fondations d'entreprise et fondations classiques, D. 1990, p. 269 et s.

Répertoire civil, v° Fondation, 1992.

DE GUILLENCHMIDT :

Présentation de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie, Revue de droit bancaire et de la bourse, mai-juin 1990, p. 105 et s.

DELGA :

L'association, structure juridique possible de l'entreprise ?, La Vie judiciaire, semaine du 26 mai 1996, p. 1 et 10.

DELIGNIERES :

Jurisclasser fiscal, impôts directs, fasc. 236-80, 1995.

DELSOL ET BECQUART :

Absence d'unicité des critères d'assujettissement, Juris-Associations 1996, n° 139, p. 20 et s.

DELSOL, CLAVAGNIER, BECQUART :

Utilité sociale, intérêt général et utilité publique, Juris-Associations 1994, n° 99, p. 21 et s.

DEMOGUE :

Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, Rev. crit. lég. Jur. 1901, p. 236 et s., p. 295 et s., p. 346 et s.

Des modifications des contrats par volonté unilatérale, R.T.D.C. 1907, p. 245 et s.

DE SAINT-AFFRIQUE :

Fondations et libéralités : problèmes actuels, Rép. Déf. 1997, art. 36646.

La capacité de recevoir d'une fondation, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations, Documentation française, 1997, p. 185 et s.

Legs au profit d'une fondation à créer, in Conseil d'Etat, Rendre plus attractif le droit des fondations, Documentation française, 1997, p. 170 et s.

DESURVIVE :

La Fondation du patrimoine au secours de la restauration monumentale, Actualité juridique de propriété immobilière 1997, p. 1044 et s.

La Fondation du patrimoine, une institution dotée de pouvoirs exorbitants, Revue des huissiers de justice 1997, p. 1329 et s.

DRAPIER :

Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la Fondation du patrimoine, une institution à l'équilibre incertain, D. 1997, chr., p. 212 et s.

DUCOULOUX-FAVARD :

La dissipation dans la gestion des associations, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 79 et s.

DUFAX :

Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité, in Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg, sept. 1984, FEDUCI, L.G.D.J. 1985, p. 113 et s.

DURAND (G) :

L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ?, J.C.P. 1995, I, 3877.

DURAND (P) :

L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, in Le Droit français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. Ripert, tome 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 138 et s.

FABRE-MAGNAN :

Propriété, patrimoine et lien social, R.T.D.C. 1997, p. 583 et s.

FEENSTRA :

Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours : théorie et pratique, Revue internationale des Droits de l'Antiquité, 1956, p. 245 et s.

FLOUR :

Libéralités et libertés, Libéralités et personnes physiques, Rép. Déf. 1995, art. 36142.

FOYER :

La personnalité morale et ses limites, in Etudes de droit comparé, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, 1960, tome 18, p. 113 et s.

FRANCK :

Les fondations en France, Revue administrer, juin 1987, n° 180, p. 2 et s.

FRANÇON :

La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité, Rép. gén. prat. not. 1954, art. 27291

GANTIER-VERDON ET BLANC :

Le financement des fondations d'entreprise : une réforme qui reste à trouver, Dalloz Affaires, 1998, p. 1302 et s.

GAUDEMET :

La création des fondations par les personnes publiques ou d'utilité publique, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, Notes et études documentaires, n° 4879, La documentation française, 1989, p. 47 et s.

GAUTIER :

Les fondations indirectes en droit d'auteur, D. 1991, chr., p. 145 et s.

GEGOUT :

Fondations : la création d'une institution juridique nouvelle, Petites Affiches 10 nov. 1989, n° 135, p. 4 et s.

GENY :

Les apports en immeubles aux associations déclarées et reconnues d'utilité publique, R.T.D.C. 1930, p. 653 et s.

GERSCHEL :

La filialisation par une association de son activité lucrative, Revue des sociétés, 1998, p. 741 et s.

GOBIN :

La loi du 4 juillet 1990 sur les fondations d'entreprise et fondations d'utilité publique, seconde ébauche du statut des fondations en France, J.C.P. 1990, éd. N, I, p. 449 et s.
Fondations d'entreprise : le décret d'application de la loi du 4 juillet 1990, J.C.P. 1991, éd. N, Pratique, 2007.

GOBIN ET MAERTEN :

Nouvelles perspectives du trust en France, J.C.P. 1985, éd. N, I, p. 391 et s.

GOBIN ET MONNOT :

Fondations : la nouvelle donne, Aspects juridiques et fiscaux de la loi du 23 juillet 1987, J.C.P. 1987, éd. N, I, p. 344 et s.

GOROVTSEFF :

La lutte autour de la notion de sujet de droit, R.T.D.C. 1926, p. 881 et s.

GOULARD :

Régime fiscal des associations, rapport au Premier Ministre, B.F 4/98, p. 191 et s.

GOYET :

La gratuité dans la promotion commerciale en Droit pénal, R.T. D. Com. 1975, p. 34 et s.

GRANDJEAT :

Le contrôle des collectes de fonds par la Cour des comptes, Juris-Associations 1996, n° 143, p. 19 et s., Revue de droit sanitaire et social, 1996, p. 101 et s.

GRELLIERE :

De l'illicéité ou non de l'association commerciale, R.T.D. Com. 1997, p. 537 et s.
Propositions pour un droit commun des groupements personnifiés, Dalloz affaires 1997, p. 1133 et s.

GRIDEL :

La personne morale en Droit français, Revue internationale de droit comparé, 1990, p. 495 et s.

GRIMALDI :

La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Rép. Déf.

1991, art. 35085.

Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie, Rép. Déf. 1991, art. 35094.

Les dernières volontés, in Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, P.U.F, 1994, p. 177 et s.

GROSCLAUDE :

L'adaptation par les personnes publiques des charges attachées aux libéralités, J.C.P. 1980, I, 2990.

GUILLOIS :

Organismes sans but lucratif : la question du lien entre la T.V.A, l'I.S et la taxe professionnelle, Droit fiscal 1996, n° 40, p. 1208 et s.

GUYON :

Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé, A.J.D.A. 1998, n° spécial, Les droits fondamentaux, Une nouvelle catégorie juridique ?, p. 136 et s.

HAMEL :

La personnalité morale et ses limites, D. 1949, chr., p. 141 et s.

HARAOUI :

Concessions funéraires : leurres ou certitudes, J.C.P. 1995, éd. N, I, p. 1079 et s.

HAURIOU :

De la personnalité morale comme élément de la réalité sociale, Rev. crit. lég. Jur. 1898, p. 5-23 et p. 119-140.

HEBRAUD :

Observations sur la notion de temps dans le droit civil, in Etudes offertes à Pierre Kayser, P.U.F d'Aix en Provence, 1979, tome 2, p. 1 et s.

HERAIL :

Jurisqueur civil, article 1025 à 1034, 1996.

HOLLEAUX :

Les rencontres internationales d'Avignon sur le patrimoine culturel, Petites Affiches, 8 janv. 1990, n° 4, p. 7 et s.

IMBERT :

Aperçu historique sur les fondations en droit français, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, Notes et études documentaires, n° 4879, La documentation française, 1989, p. 21 et s.

JAUFFRET-SPINOSI :

Trust et fiducie, in Etudes Alain Sayag, Creda, Litec, 1997, p. 329 et s.

JESTAZ :

L'engagement par volonté unilatérale, in Les obligations en droit français et en droit belge, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 3 et s.

JULLIOT DE LA MORANDIERE :

Répertoire de droit international privé, 1969, v° Fondation.

KORNMAN ET D'AURNE DE VERNON :

L'exonération des droits de mutation à titre gratuit sur les biens classés : la fin des fondations ?, G.P. 1988, 2, p. 618 et s.

LAFFITTE :

Rapport au nom de la Commission des Affaires culturelles du Sénat, J.O 1989-1990, Doc., Sénat, n° 213.

Rapport au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, J.O 1989-1990, Doc., Sénat, n° 345.

LAGARDE :

Propos de commercialiste sur la personne morale, réalité ou réalisme, Mélanges A. Jauffret, 1974, p. 429 et s.

LALOU :

Les fondations et la théorie de l'imprévision, D.H. 1927, chr., p. 69 et s.

LAMARQUE :

Les fondations d'entreprise, Petites Affiches, 27 sept. 1993, n° 116, p. 7 et s.

LANGERON :

La tutelle administrative sur les fondations, Revue fr. de droit adm. 1988, p. 994 et s.

LAPOYADE-DESCHAMPS :

Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé, Litec-Joly, 1991, p. 125 et s.

LARNAUDE :

Rapport au Bulletin de la société législatives, Paris, Rousseau, 1909, p. 285 et s.

LARROUMET :

La fiducie inspirée du trust, D. 1990, chr., p. 119 et s.

LAURIN :

Le contrôle des appels à la générosité publique, D. 1992, chr., p. 130 et s.

LEGRAND :

Aperçu du régime des fondations en droit français, Petites Affiches, 4 mai 1990, n° 54, p. 23 et s.

LE GUIDE :

Jurisclasser civil, article 893-895, 1995.

LEPELTIER :

Apports et reprises d'apports dans les associations, Bulletin Joly 1997, p. 401 et s.

LEQUETTE :

De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs, D. 1996, chr., 231.

LEREBOURS-PIGEONNIERE ET JULLIOT DE LA MORANDIERE :

Notes parlementaires, R.T.D.C. 1908, p. 166 et s.

LEVENEUR :

Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?, J.C.P. 1999, I, 152.

LEVY-ULLMAN ET GRUNEBaum-BALLIN :

Essai sur les fondations par testament, R.T.D.C. 1904, p. 253 et s.

LOUIT :

La notion de libéralités dans la jurisprudence fiscale récente du Conseil d'Etat, J.C.P. éd. C I, 1984, II, 14372.

Jurisqueur fiscal, impôts directs traité n° 3, fascicule 226-2, 1994.

MACCIONI :

L'image de marque, Emergence d'un concept juridique ?, J.C.P. 1996, I, 3934.

MALAURIE :

Plaidoyer en faveur des associations, D. 1992, chr., p. 274 et s..

MALEVILLE :

Premières remarques sur la fondation d'entreprise, J.C.P. 1990, éd. E, II, 15901.

Remarques complémentaires sur la fondation d'entreprise, J.C.P. 1991, éd. E, I, 98.

Jurisqueur Sociétés, fascicule 177, fondation d'entreprise, 1993.

MARGUENAUD :

Les fondations, in Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action, 1998, n° 4070 et s.

MARGUERIE :

Etude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, Rev. crit. lég. Jur. 1878, p. 513 et s.

MARTIN :

La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994, chr., p. 145 et s.

MARTIN-SERF :

Faillite et personnes morales, in Aspects actuels du Droit commercial français, Mélanges R. Roblot, 1984, L.G.D.J., 1984, p. 449 et s.

MASSON :

Fiscalité des organismes sans but lucratif : que retenir de l'instruction du 15 septembre 1998 ?, B.F 2/99, p. 93 et s.

MAYER-BLONDEAU :

Versement de transport et exonérations, Juris-Associations 1996, n° 149, p. 21 et s.

MESTRE :

Les Fondations dans l'histoire, in Les fondations, un mécénat pour notre temps, Economica, 1987, p. 11 et s.

MEYER :

La dévolution des biens d'une association, Rép. Déf., 1996, art. 36261.

MIGNON :

Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles et sociales de l'Assemblée nationale, J.O 1989-1990, Doc., A.N, n° 1368.

Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale, J.O 1989-1990, Doc., A.N, n° 1475.

MOLFESSIS :

L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 octobre 1995, D. 1997, chr., p. 85 et s.

MORIN (G) :

Vers la révision de la technique juridique, le concept d'institution, Archives de philosophie du droit 1931, p. 76 et s.

MORIN (M) :

La tutelle administrative sur les associations, Rép. Déf. 1971, art. 29803.

Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments (L. n° 71-526, du 3 juillet

1971), Rép. Déf. 1971, art. 22982.

MOTULSKY :

De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1948, p. 451 et s.

MOUSSERON ET ANDRE (GROUPE DE RECHERCHE SOUS LA HOULETTE DE) :

J.C.P. 1984, éd. E., supplément, *Cahiers de droit de l'entreprise*, p. 1 et s.

NAFTALSKI :

L'entreprise et le financement de la fondation d'entreprise : des intérêts divergents difficilement conciliables, *Droit des Sociétés*, sept. 1996, p. 1 et s.

NARDONNE :

Le régime des associations et fondations en Europe, *Juris-Associations* 1994, n° 98, p. 17 et s.

PAILLUSSEAU :

Le droit moderne de la personnalité morale, *R.T.D.C.* 1993, p. 705 et s.

Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, *D.* 1997, chr., p. 97 et s.

PANHARD :

Le traitement des trusts en droit français, *J.C.P.* 1987, éd. N, I, p. 27 et s.

PATARIN :

Rapport sur les groupements sans personnalité juridique en droit civil français, in *Travaux de l'association Henri Capitant, Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, tome 21, 1969, Dalloz, éd. 1974, p. 36 et s.

PELLERIN :

La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé, *R.T.D. Com.* 1981, p. 471 et s.

PEUCHOT :

La loi Evin interdit-elle aux entreprises des secteurs tabacoles et des alcools d'entreprendre des actions de mécénat à travers la création d'une fondation-abri ?, *Petites Affiches*, 29 mars 1991, n° 38, p. 11 et s.

PIQUET :

Version antique et version moderne du mécénat, *Revue française de gestion*, 1991, p. 5 et s.

PISANI :

La fiducie, Rép. Déf. 1990, art. 34772.

POMEY :

Le mécénat et les fondations, Rapport établi pour A. Malraux, notes et études documentaires, n° 3334, nov. 1966, *Documentation française*, p. 3 et s.

Le régime juridique, financier, fiscal des fondations en France, *Vie sociale* 1966, p. 463 et s.

Situation actuelle et avenir des Fondations en France, *Droit social* 1966, p. 397 et s.

L'acte de fondation en droit français, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1968, p. 27 et s.

Fondations et services publics, *Revue administrative*, septembre 1972, p. 471 et s.

La réforme des associations et fondations, *La Revue administrative* 1982, p. 28 et s.

La Fondation de France, Revue administrative 1979, p. 274 et s.

PONSARD :

Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments, Le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge, J.C.P. 1957, I, 1385.

PONTIER :

L'intérêt général existe-t-il encore ?, D. 1998, chr., p. 327 et s.

PUGET :

La reconnaissance comme établissement d'utilité publique, Musée social, 1926, p. 3 et s.

RABOURDIN :

Plan comptable des associations, Les points les plus marquants, Juris-Associations 1999, n° 201, p. 24 et s.

RANDOUX :

La spécialisation des sociétés, Etudes Weill, Dalloz, 1983, p. 471 et s.

Vers un droit commun des groupements, J.C.P. 1996, I, 3982.

RAYNAUD :

Les fondations, problèmes de droit civil, in Le droit des fondations en France et à l'étranger, Notes et études documentaires, n° 4879, Documentation française, 1989, p. 41 et s.

REVILLARD :

Jurisqueur Sociétés, fasc. 174-D, Associations en Droit international privé, 1991.

Les conventions internationales relatives aux associations, Journal de droit international privé 1992, p. 299 et s.

RICHER :

La notion de tutelle sur les personnes en Droit administratif, R.D.P. 1979, p. 971 et s.

ROQUES :

La fondation d'utilité publique au croisement du public et du privé, R.D.P. 1990, p. 1755 et s.

ROUAST :

Les comités d'entreprises et les œuvres douées de la personne morale, Droit social, 1952, p. 236 et s.

SALEILLES :

Rapport préliminaire à la Commission des fondations, Bulletin de la Société d'études législatives, Rousseau, Paris, 1908, p. 357 et s.

SANDER :

Jurisqueur civil, article 774 à 783, 1996.

SAUVEL :

Les volontés des morts et les difficultés des vivants, Revue politique et parlementaire 1952, p. 237 et s.

Les fondations, leurs origines, leur évolution, R.D.P. 1954, p. 325 et s.

SAYAG (sous la direction de) :

Etudes du C.R.E.D.A, L'entreprise personnelle, tome 2, critique et prospective, Litec, 1983.

SERIAUX :

Jurisqueur civil, article 906, 1996.

SERLOOTEN :

L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, D. 1985, chron., p. 187 et s.

Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'E.U.R.L, D. 1986, chron., p. 249 et s.

SCHNITZER :

Le trust et la fondation dans les conflits de lois, Rev. crit. dr. int. priv. 1965, p. 479 et s.

SIMLER :

Les clauses d'inaliénabilité (Code civil, art. 900-1 nouveau), D. 1971, IV, p. 416-5.

SIMONNET :

Le legs avec charges, catégorie juridique, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY, tome 2, p. 128 et s.

SOULEAU :

Les libéralités adressées à la Fondation de France, Rép. Déf. 1990, n° 29521.

SOUSI :

Les contrôles sur les associations : inventaire et questions, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 61 et s.

Le rapport Goulard, fausse joie pour les associations, Petites Affiches, 25 mars 1998, n° 36, p. 13 et s.

STREIFF :

La loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions sur le Mécénat, Bulletin Joly 1990, p. 835 et s.

SUPLISSON :

L'imposition des revenus du patrimoine des associations, Juris-Associations n° 135, p. 20 et s.

TAISNE :

Jurisqueur civil, article 1168 à 1174, 1995.

TERRE :

La distinction de l'association et de la société en droit français, Mélanges Secrétan, 1964, p. 325 et s.

TESTU :

La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, D. 1998, chr., p. 345 et s.

TRASBOT :

Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques, Mélanges Capitant, Dalloz, 1938, p. 839 et s.

TREMEGE :

Rapport au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale et annexe, J.O 1986-1987, A.N, Doc., n° 836.

TRICOT :

L'agrément administratif des institutions privées, D. 1948, chr., p. 25 et s.

TRUCHET :

L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, retour aux sources et équilibre,

in Conseil d'Etat, Rapport public 1999, La Documentation française, p. 361 et s.

VACHEROT :

Les fondations en France, l'origine, l'évolution, le régime actuel, Administration, juin 1978, p. 137 et s.

Commentaire sur la loi sur le développement du mécénat du 23 juillet 1987, Vie sociale 1989, p. 141 et s.

Les fondations françaises, d'utilité publique, des origines à la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, Juris-Associations 1991, n° 59, p. 20 et s.

VIALLETON :

La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel, Mélanges Roubier, 1961, p. 283 et s.

VIDAL :

L'association est-elle une forme d'entreprise alternative au contrat de société ?, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 53 et s.

WEBER :

Désir d'éternité, nécessité de subsides ou la réserve administrative, Petites Affiches, 24 avr. 1996, n° 50, p. 65 et s.

WITZ :

La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984, D. 1985, chr., p. 101 et s.

ZENATI :

La loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, R.T.D.C 1987, p. 803 et s.

III- NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, RAPPORTS PAR NOM D'AUTEUR.

AGOSTINI :

Note sous Civ., 14 mai 1991, D. 1992, J., 149.

ALFANDARI :

Obs. sur Paris, 5 avr. 1996, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1996, 597.

ALFANDARI ET JEANTIN :

Obs. sur Com., 17 mars 1981, R.T.D. Com. 1981, 558.

Com., 19 janv. 1988, R.T.D. Com. 1988, 465.

Crim., 10 juin 1991, R.T.D. Com. 1991, 606.

ANCEL :

Note sous Paris, 26 juin 1981, Rev. crit. dr. int. priv. 1982, 547.

Civ. 1^{ère}, 15 fév. 1983, Rev. crit. dr. int. priv. 1983, 645, 2^{ème} espèce.

APPLETON :

Note sous Nancy, 17 mars 1920, D.P. 1920, 2, 65.

ATIAS :

Obs. sur Aix en provence, 13 nov. 1997, D. 1998, somm., 123.

AUBERT :

Note sous Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, D. 1989, somm., 233.

Obs. sur Civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983 Rép. Déf. 1984, art. 33368, n° 78.

Civ., 3^{ème}, 10 mai 1989, D. 1991, somm., 317.

AUDIT :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, D. 1998, somm., 281.

BARTIN :

Note sous Civ., 17 juill. 1922, D.P. 1924, 1, 5.

BAUDOUIN :

Conclusions sur Civ., 12 mai 1902, D.P. 1902, 1, 425.

BECQUE :

Note sous Aix, 17 déc. 1945, J.C.P 1946, II, 3035.

BEHAR-TOUCHAIS :

Note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, J.C.P. 1989, II, 21373.

BEUDANT :

Note sous Besançon, 26 mars 1891, D.P. 1893, 2, 1.

sur pourvoi, Cass. Req., 25 janv. 1893, D. 1894, 1, 257.

Douai, 1^{re} mai 1894, D.P. 1895, 2, 249.

BILLIAU ET LOISEAU :

Note sous Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, J.C.P. 1999, II, 10 083.

BLAISE :

Obs. sur Civ., 23 janv. 1990, Droit social 1990, 322.

BLANCHER :

Note sous Paris, 26 mai 1967, G.P. 1967, 2, 246.

BONNEAU :

Obs. sur Paris, 3 mars 1995, Droit des sociétés 1995, somm., n° 160.

BOULANGER :

Note sous Conseil d'Etat, 19 fév. 1990, Commune d'Eguilles, J.C.P. 1990, II, 21535.

BRIMO :

Note sous Nancy, 28 avr. 1976, J.C.P. 1979, II, 19123.

BRUN :

Note sous Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, J.C.P. 1995, II, 22387.

CABANNES

Conclusions sur Paris, 4 oct. 1971, D. 1972, J., 402.

Paris, 20 janv. 1973, D. 1974, J., 61.

CALAIS-AULOY :

Note sous Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, D. 1963, J., 277.

CAPITANT :

Note sous Cass., 6 déc. 1909, D.P. 1910, 1, 281.

CASTRO :

Obs. sur Com., 19 janv. 1988, Revue des sociétés 1988, 565.

Crim., 19 oct. 1992, Revue des Sociétés 1993, 625.

CHAMPAUD ET DANET :

Obs. sur Toulouse, 19 déc. 1995, R.T.D. Com. 1997, 482.

CHAMPENOIS :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1977, Rép. Déf. 1977, art. 31582, n° 115.

Civ. 1^{re}, 3 fév. 1999, Rép. Déf. 1999, art. 37017, n° 62.

CHARBONNIER :

Conclusions sur Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, Revue fr. de droit adm. 1988, 771.

CHAVRIER :

Note sous Lyon, 8 juin 1971, D. 1971, J., 555.

CLARO :

Note sous Paris, 21 oct. 1902, D.P. 1903, 2, 121.

CORNU :

Obs. sur Cass. soc., 14 avr. 1961, R.T.D.C. 1962, 349.

COURET :

Obs. sur Paris, 9 mars 1999, Bulletin Joly 1999, 644

COUTANT :

Note sous Com., 1^{er} mars 1994, D. 1994, J., 528.

DAVIGNON :

Note sous Conseil d'Etat, 3 nov. 1997, D. 1998, J., 131.

DEFRENOIS :

Obs. sur Civ. 19 oct. 1965, Rép. Déf. 1966, art. 28801.

DE LA MARNIERRE :

Note sous Civ., 1^{re}, 22 juill. 1987, G.P. 1988, 1, 137.

DEMOGUE :

Obs. sur Paris, 21 oct. 1902, R.T.D.C. 1903, 648.

DENOIX DE SAINT MARC ET LABETOULLE :

Obs. sur Conseil d'Etat, 27 fév. 1970, Commune de Bozas, A.J.D.A. 1970, 225.

DERRUPE :

Obs. sur Com., 19 janv. 1988, R.T.D. Com. 1988, 420.

Com., 15 nov. 1994, R.T.D. Com. 1995, 385.

DE VISSCHER :

Note sous T. civ. de Bruxelles, 14 nov. 1911, Fondation Niederfullbach, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 178.

DO CARMO SILVA :

Obs. sur Toulouse, 19 déc. 1995, Petites Affiches, 5 mai 1997, n° 54, p. 9.

DONNEDIEU DE VABRES :

Note sous Cass. Civ., 7 déc. 1912, International Arbitration and Peace Association, Rev. crit. dr. int. priv. 1913, 454.

DURAND :

Note sous Civ., 28 janv. 1954, Droit social 1954, 161.

ESMEIN :

Note sous Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, J.C.P. 1963, II, 13105.

Civ., 19 oct. 1965, G.P. 1966, 1, 31.

FAUSTIN KAMDEM :

Note sous Com., 1^{er} mars 1994, J.C.P. 1995, II, 22 418.

FOUQUET :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 24 fév. 1986, Association Saint-Anne, Revue de jurisprudence fiscale 4/86, n° 354, 200.

Conseil d'Etat, 26 janv. 1990, G.P. 1990, 1, 306.

GALABERT :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 19 mars 1965, Caisse artisanale interprofessionnelle d'assurance vieillesse de Loire Atlantique et de Vendée, D.1965, J., 453,

GAUDEMET-TALLON :

Note sous Paris, 17 nov. 1993, Rev. crit. dr. int. priv. 1994, 115.

Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, Rev. crit. dr. int. priv. 1997, 97.

GAVALDA :

Note sous Paris, 16 mai 1960, J.C.P. 1960, II, 11763.

GAZIER :

Conclusions sur Conseil d'Etat, Ass., 22 juin 1951, Daudignac D. 1951, J., 589.

GENY :

Note sous Civ., 20 janv. 1930, S. 1930, 1, 281

Civ., 24 fév. 1932, S. 1932, 1, 321.

GIBIRILA :

Obs. sur Com., 15 nov. 1994, Petites Affiches, 26 juill. 1995, n° 89, p. 47.

GRIMALDI :

Obs. sur Conseil d'Etat, 19 fév. 1990, D. 1992, somm., 231

Civ. 2^{ème}, 30 juin 1993, D. 1995, somm., 50.

T.G.I Paris, 23 mars 1994, D. 1995, somm., 49.

Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, D. 1995, somm., 49.

Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, D. 1995, somm., 50.

GUILLOIS :

Note sous Civ., 8 nov. 1911, D. 1912, 1, 289.

GUIONIN :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 27 déc. 1948, Commune de Champigny-sur-Marne, D. 1949, 3, 408.

GUYON :

Note sous Bordeaux, 8 juin 1959, J.C.P. 1960, II, 11638.

Obs. sur Paris, 7 mars 1989, Revue des Sociétés 1989, somm., 287.

Paris, 3 fév. 1995, Revue des sociétés 1995, somm., 367.

Paris, 28 avr. 1998, Revue des Sociétés 1998, somm., 629.

Paris, 9 mars 1999, Revue des sociétés 1999, somm., 411.

Conseil d'Etat, 9 avr. 1999, Revue des sociétés, somm., 411.

HEMARD :

Obs. sur Aix, 9 mars 1909, R.T.D.C. 1909, 426.

HONORAT :

Obs. sur Com., 19 janv. 1988, Rép. Déf. 1988, art. 34240.

Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, Rép. Déf. 1988, art. 34373.

HOUIN :

Note sous Com., 17 janv. 1956, D. 1956, J., 265.

HUET :

Note sous Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, Journal de droit international privé 1997, 1016.

HUGUENEY :

Note sous Civ., 1^{er} août 1910, S. 1913, 1, 361.

Cass. Civ., 7 déc. 1912, International Arbitration and Peace Association, S. 1914, 1, 305.

JEANTIN :

Obs. sur Civ., 29 nov. 1994, Bulletin Joly 1995, 182.

Civ., 17 janv. 1995, Bulletin Joly 1995, 330.

KHOELER :

Note sous Civ., 31 janv. 1893, D. 1893, 1, 513

LABBE :

Note sous Nîmes, 11 juill..1881, S. 1882, 2, 97.

Cass. civ., 5 juill.1886, S. 1890, 1, 241

Douai, 1^{re} mai 1894, S. 1895, 2, 1.

LALOU :

Note sous T. civ. de la Seine, (ordonnance du Président), 12 déc. 1921, D.P. 1925, 2, 57.
T. civ. de la Seine (ordonnance du Président), 14 nov. 1936, D.P. 1937, 2, 33.
Paris, 12 nov. 1937, D.P. 1938, 2, 3.
Bordeaux, 31 mars 1952, D. 1953, J., 41.

LASRY :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 12 oct. 1956, Baillet, D. 1956, J., 664.

LASSERRE :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 5 mai 1986, Revue fr. de droit adm. 1987, 438.

LAVAGNE :

Obs. sur Paris, 26 mai 1967, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1968, 50.
Poitiers, 24 mars 1976, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1976, 701-703.
Conseil d'Etat, 22 déc. 1982, Revue trimestrielle de droit sanitaire et social 1983, 143.

LEBORGNE :

Note sous Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, D. 1995, J., 342.

LE GUIDEC :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, J.C.P. 1995, I, 3876, n° 9.
Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, J.C.P. 1995, I, 3876, n° 8.

LEMEE :

Obs. sur Paris, 19 juin 1997, D. 1998, somm., 138.

LENCLOS :

Obs. sur Cour administrative d'appel de Bordeaux, 19 mars 1996, D. 1998, somm., 35.

LEVASSEUR :

Note sous Civ. 28 janv. 1954, D. 1954, J., 217.

LEVY-ULLMANN.

Note sous Civ., 12 mai 1902, S. 1905, 1, 137.

LIBCHABER :

Obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, D. 1996, somm., 120.

LOISEAU :

Obs. sur Civ. 10 fév. 1998, J.C.P. 1998, I, n° 2, 155.

LOLOUM :

Conclusions sur Conseil d'Etat, 20 juin 1997, Revue de jurisprudence fiscale 8-9/97, n° 772.

LOUSSOUARN :

Obs. sur Civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, R.T.D.C. 1972, 773.

MARTIN :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 5 janv. 1978, D. 1978, I.R., 468.

MARTINE :

Obs. sur Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, D. 1990, somm, 37.

MASSE :

Note sous Cass. Civ., 25 mars 1863, S. 1863, 1, 169.

MASSIP :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 3 fév. 1999, Rép. Déf. 1999, art. 36998, n° 30.

MAYAUD ET SOUSI :

Note sous Crim., 19 oct. 1992, Bulletin Joly 1993, 625.

MESTRE :

Obs. sur Civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983, R.T.D. C. 1985, 154.

Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, R.T.D.C. 1988, 532.

Civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, R.T.D.C. 1990, 65 et 69.

MEYNIAL :

Note sous Civ., 26 mai 1894, S. 1896, 1, 129.

MONEGER :

Obs. sur Paris, 7 mars 1989, J.C.P. 1990, éd. E, II, 15923, n° 52.

MULSANT :

Conclusions sur Tribunal administratif de Lille, 10 déc. 1998, Revue de droit fiscal 1999, n° 498, 874.

NERSON :

Note sous T. civ. Saint-Etienne, 8 juill. 1957, D. 1957, J., 146.

Lyon, 20 octobre 1958, D. 1959, J., 111.

NEVOT :

Note sous Civ., 23 janv. 1990, J.C.P. 1990, II, 21529.

NICOD :

Note sous Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, J.C.P. 1989, II, 21183, éd. N, II, 301.

PACTEAU :

Note sous Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, Revue fr. de droit adm. 1988, 771.

PATARIN :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 9 oct. 1985, R.T.D.C. 1986, 622.

Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, R.T.D.C. 1988, 800.

Civ. 1^{re}, 6 avr. 1994, R.T.D.C. 1995, 167.

Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, R.T.D.C. 1995, 667.

PIASTRA :

Note sous Conseil d'Etat, 3 nov. 1997, J.C.P. 1998, II, 10007.

PIGNARRE :

Note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, D. 1997, J., 155.

PLAISANT :

Note sous Com., 17 mars 1981, D. 1983, J., 23.

PLANIOL :

Note sous Nîmes, 22 janv. 1890, D.P. 1891, 2, 113.

Civ., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217.

Civ., 22 juill. 1896, D.P. 1898, 1, 17.

Cass. civ. 13 mars et 4 juin 1907, D.P. 1907, 1, 281.

PONSARD :

Note sous T. civ. Seine, 26 fév. 1958, Journal de droit international privé 1959, 430.

Civ. 1^{re}, 20 juin 1961, J.C.P. 1961, II, 12352.

PRETOT :

Note sous Conseil d'Etat, 11 mai 1994, A.J.D.A. 1994, 912.

RAYMOND :

Note sous Paris, 17 avr. 1976, G.P 1976, 2, 783.

RAYNAUD (F.) ET FOMBEUR :

Obs. sur Conseil d'Etat, 30 oct. 1998, A.J.D.A. 1999, 122.

RAYNAUD (P.) :

Note sous Paris, 26 mai 1948, J.C.P. 1948, II, 4558.

REIGNE :

Note sous Civ. 2^{ème}, 22 déc. 1997, Revue des Sociétés 1998, 125.

RICHER :

Note sous Conseil d'Etat, 3 nov. 1997, A.J.D.A. 1997, 1010.

ROBERT (A) :

Obs. sur Civ. 1^{er}, 2 mars 1994, D. 1994, somm., 165.

ROBERT(J-H) :

Obs. sur Paris, 12 février 1998, Droit pénal, 1998, n° 6, 16-17.

RUBEN DE COUDER :

Note sous Besançon, 26 mai 1882, S. 1883, 2, 121.

SALEILLES :

Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894, 2, 184.

Cass. civ. 29 avr. 1901, S. 1903, 1, 321.

SAVATIER (J) :

Note sous Civ. 23 janv. 1990, Droit social 1990, 322.

SAVATIER (R) :

Note sous Paris 1^{er} juill. 1926, D.P. 1926, 2, 121

T. civ. de la Seine, 1^{er} fév. 1927, D.P. 1928, 2, 121.

Paris, 21 juin 1935, D.P. 1936, 2, 17.

Besançon, 22 juill. 1946, J.C.P. 1947, II, 3568.

Civ. 1^{re}, 20 juin 1961, D. 1961, J., 64.

Poitiers, 24 mars 1976, J.C.P. 1976, II, 18379.

Nancy, 2 juin 1976, J.C.P 1977, 18707-18708.

Obs. sur Civ., 6 juin 1932, R.T.D.C. 1932, 1149.
 Cass. civ., 11 mars 1941, R.T.D.C. 1940-41, 629.
 T. civ. Montauban, 7 juill. 1948, R.T.D.C. 1949, 112
 Bordeaux, 31 mars 1952, R.T.D.C. 1953, 135 et 566.
 Civ. 1^{re}, 8 janv. 1957, R.T.D.C. 1957, 374.
 Bordeaux, 8 juin 1959, R.T.D.C. 1960, 143.
 Civ. 19 octobre 1965, R.T.D.C. 1966, 328.
 Civ. 1^{re}, 14 mai 1974, R.T.D.C. 1974, 844.

SAVATIER (X) :
 Obs. sur Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, Rép. Déf. 1995, art. 35967.
 Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, Rép. Déf. 1998, art. 36735.

SAVATIER (X) ET LANGLADE-O' SUGHRUE :
 Rapport sur et note sous Civ. 1^{ere}, 3 fév. 1999, D. 1999, J., 267.

SEYDOUX :
 Note sous Nancy, 28 avr. 1976, J.C.P. 1979, II, 19158 bis.

SOULEAU (H) :
 Obs. sur Nancy, 28 avr. 1976, Rép. Déf. 1977, art. 31396.

SOULEAU (P) :
 Conclusions sur T. civ. Seine, 26 fév. 1958, G.P. 1958, 1, 325.

SOUSI :
 Obs. sur Com., 17 mars 1981, Revue des sociétés 1982, 124.

TRASBOT :
 Note sous Civ. 23 janv. 1940, D.C. 1941, J., 104.

TREVES :
 Note sous Paris, 9 juill. 1975, Journal de droit international privé 1977, 86.

VATINET :
 Obs. sur Civ., 23 janv. 1990, Revue des sociétés 1990, 444.

VIALLETON :
 Note sous Civ., 24 janv. 1928, S. 1929, 1, 137.

VIATTE :
 Obs. sur Civ. 1^{re}, 14 mai 1974, G.P. 1974, 2, 633.

VOIRIN :
 Note sous Req., 14 janv. 1941, J.C.P. 1941, II, 1699.
 Cass. civ., 25 nov. 1952, J.C.P. 1953, II, 7696 bis.
 Civ. 1^{re}, 11 juill. 1960, D. 1960, J., 702.
 Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 1966, J.C.P. 1967, II, 14973.

WAHL :
 Note sous Cass. civ., 28 oct. 1895, S. 1897, 1, 289
 Civ., 9 janv. 1899, S. 1899, 1, 289.
 Cass. civ., 13 juill. 1908, S. 1912, 1, 533.

WALINE :
 Note sous Conseil d'Etat, 4 juill. 1958, Gayard, R.D.P. 1959, p. 580.

ZENATI :

Obs. sur Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, R.T.D.C. 1995, 919.

INDEX ALPHABETIQUE¹

-sanction : 155.

A

Acte à titre gratuit : 40-49, 72.

Acte juridique unilatéral : 226.

-acte juridique unilatéral d'affectation : 488-495, 538.

-acte juridique unilatéral translatif : 541-543.

Activité économique

-contenu : 737.

-fiscalité : 646-651.

-licéité : 634, 688, 736-741.

Affectation

-définition : 8.

-individualité : 8.

-irrévocabilité : 12, 668, 702.

-pérennité : 11-16.

Appel à la générosité publique : 662, 771.

Association

-déclarée :

apports : 209.

capacité : 148

comptes d'association : 674-675.

dissolution : 264.

-reconnue d'utilité publique

capacité : 150-151.

Autorisation administrative
d'accepter

-champ d'application : 156.

-effets : 161.

-fondement : 151, 152

-nature juridique : 153-155.

-procédure : 157-158.

B

Biens affectés (nature) : 182, 411-414.

C

Charge de la succession : 174, 529.

Comité d'entreprise : 125.

Conception civile (théorie) : 271.

Condition suspensive : 154, 270, 542, 543, 555.

Congrégations : 117, 207.

Conseil national des fondations : 470-477.

D

Dénomination : 191, 219, 586, 712-713, 723.

Dissolution

-fondation d'entreprise : 701-703, 710, 795-796.

-fondation d'utilité publique : 664-672, 785-786.

Dons manuels

-acte de dotation d'une fondation reconnue d'utilité publique : 255.

-association déclarée : 148, 212.

-fondation d'entreprise : 790.

¹ Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages.

Dotation initiale

- fondation d'entreprise : 341-344, 346-349, 407.
- fondation reconnue d'utilité publique :
 - contenu : 236.
 - fractionnement : 254.
 - nécessité : 229-237, 325, 403-409.

Droit de mutation à titre gratuit : 88.

Droit de propriété : 434, 496, 501-504.

Droit subjectif : 195, 592.

E

Engagements de versements : 233-235, 404-407.

Engagement unilatéral de volonté : 221, 222, 544-558.

E.U.R.L : 221-222.

Exécuteur testamentaire : 304, 305, 563.

F

Fiducie : 497 et s.

- et droit de propriété : 501-504.
- et fondation : 499, 505-512, 537, 561-562.

Fondation abritée

- au sein d'une fondation reconnue d'utilité publique : 677-678.
- biens affectés : 182-189.
- contrôle : 446, 372-375.
- dénomination : 219.
- personne des fondateurs : 106-127.
- personnes des destinataires : 128-166.

Fondation de France

- garanties d'exécution : 727-729.
- gestion : 730-732.
- legs avec charge de fonder : 561.
- surface financière : 726.
- vocation fiduciaire : 523, 525, 526, 676.

Fondation d'entreprise

- autorisation administrative de création : 356-365.

-capacité : 706-707, 790.

-comptabilité : 710.

-conseil d'administration :

attributions : 696-698, 791.

composition : 692-694, 791-792.

statut des administrateurs : 695, 793.

-dotation initiale : 341-344, 346-349.

-fiscalité : 688.

-intérêt général : 363-364.

-personne des fondateurs : 335-339, 381-384.

-V° dissolution.

-V° programme d'action pluriannuel.

-V° tutelle administrative.

Fondation du patrimoine : 679-681.

Fondation reconnue d'utilité publique

-comptabilité : 770.

-conseil d'administration :

attributions : 625-628, 774-775, 783.

composition : 622-624.

-dotation initiale : 229-236, 403-409.

-fiscalité : 742-744.

-intérêt général : 323-324.

-personne des fondateurs : 214-220.

-statut des administrateurs : 629, 774-776, 782.

-V° dissolution.

-V° fondation abritée.

-V° tutelle administrative.

I

Image de marque : 93, 94, 99.

Inaliénabilité : 183-189, 603.

Inaliénabilité du domaine privé : 247.

Inaliénabilité du domaine public : 246.

Insaisissabilité : 599, 601.

Insaisissabilité du domaine privé : 598.

Intention libérale : 42-46, 290, 483.

Intérêt général

- notion : 10
- fondement du contrôle des fondations : 445- 455.
- V° fondation d'entreprise.
- V° fondation d'utilité publique.

L

Legs :

- charge (distinction) : 282- 284.

Legs avec charge de fonder : 172, 174-175, 278-294, 483.

Legs avec faculté d'élire : 66-67, 523.

Legs direct à fondation future : 269-308.

Legs secondaire : 88, 294.

Legs universel : 72, 289.

Libéralité avec charge

- conditionnelle, distinction : 58.
- contrat de services gratuit, distinction : 56.
- dans l'intérêt du gratifié : 59.

Libéralités aux pauvres : 169-170.

Libéralité par personne interposée : 62-65, 82, 523.

Liquidation

- fondation reconnue d'utilité publique : 670-671.
- fondation d'entreprise : 703.

M

Mécénat des particuliers :

- fiscalité : 90, 417-420.

Mécénat d'entreprise

- fiscalité : 101, 420-423.
- fondations : 331-365, 794.
- parrainage, distinction : 93-97.
- tabac : 107.

O

Offre de donation : 249-259, 534-536.

P

Patrimoine

- d'affectation : 192, 490-495.
- sans sujet : 192, 490, 537.
- théorie personnaliste : 488-489.

Parrainage

- fiscalité : 102
- V° mécénat.

Pérennité : 129-133, 441-444.

Personne morale

- à but économique : 118-125.
- à but non économique : 117.
- animus donandi : 114.
- théorie de la fiction : 196
- théorie de la réalité : 196.

Personne morale de droit public

- capacité de disposer à titre gratuit : 220, 246-247.
- fondation d'entreprise : 338.
- liberté de fonder : 215-220, 378-379.

Pouvoir : 494, 592.

R

Reconnaissance d'utilité publique

- association : 213.
- fondation : 309 et s.
 - conditions : 322-330, 428, 459-464.
 - justifications : 436-457.
 - légalité : 431-434
 - procédure : 311-320, 427.

Représentation : 259, 293.

Réserve héréditaire : 386-396.

Résolution : 614.

Révision des charges : 188, 606, 609-614.

Révocation des libéralités pour inexécution des charges : 604-605, 607-608.

S

Sacrifice : 48.

Saisine

- exécuteur testamentaire : 304-305.
- fondations : 299-308, 560, 563.
- légale : 297-298.

Société

- capacité de disposer à titre gratuit : 121-125.

Souscription publique : 256-259.

Spécialité

- capacité, distinction : 108.
- champ d'application : 111, 136, 220.
- définition : 110
- fondation de France : 524.
- fondement : 109, 113.
- légale : 115-125.
- sanction : 112, 137-144.
- statutaire : 126-127.

Statuts-types : 326-330.

Stipulation pour autrui : 76, 253, 258, 615-617.

Subrogation réelle : 188, 725-726.

Substitution

- de légataire : 172, 175, 522.
- fidéicommissaire : 131.

Subvention : 632, 661, 771.

Sujet de droit : 192-199.

Syndicat : 117.

T

Testament (contenu): 78-80.

Trust : 496, 517, 675.

Tutelle administrative

- fondation d'entreprise : 699-700.
- fondation reconnue d'utilité publique :
 - a priori : 655-656, 748-753, 755-760.
 - a posteriori : 658-660, 761-768.

U

Utilité publique : V° intérêt général.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	31
LA CREATION DES FONDATIONS	31
TITRE I- ETUDE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS EN DROIT POSITIF	33
CHAPITRE I- AFFECTATION DE BIENS SANS CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE	35
SECTION I- QUALIFICATION DE L'ACTE DE FONDATION	37
Paragraphe I- Qualification de l'acte de fondation de droit commun	37
A- Les éléments constitutifs de l'acte à titre gratuit : l'absence d'équivalence objective et subjective des sacrifices antagonistes.	38
B- La nature gratuite ou onéreuse de l'acte de fondation.	46
C- Analyse de la disposition comportant une affectation des biens conforme aux attributions de la personne morale destinataire des biens : libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié.	49
a- L'acte de fondation est une libéralité avec charge.	50
b- L'acte de fondation est une libéralité avec charge dans l'intérêt du gratifié et non une libéralité par personne interposée.	53
c- La fondation réalisée par acte à cause de mort n'est pas un legs avec faculté d'élire.	58
D- Analyse de l'acte de fondation adressé à une personne physique ou comportant une affectation de biens non conforme aux attributions de la personne morale destinataire des biens : contrat à titre onéreux ou legs avec charge.	60
a- Analyse de la fondation créée par acte entre vifs : contrat à titre onéreux.	60
b- Analyse de l'acte de fondation inclus dans un testament : la gratuité « forcée » de l'acte de fondation.	66
E- Les implications fiscales de la qualification.	70
Paragraphe II- Qualification de l'acte de fondation d'entreprise.	75
SECTION II- LES CONDITIONS D'EFFICACITE DE L'ACTE DE FONDATION	84
Paragraphe I- Les conditions tenant aux personnes.	85
I- Les conditions tenant à la personne du fondateur.	85
A- Le principe de spécialité légale et la personne des fondateurs.	91
a- La spécialité légale et les personnes morales à but non économique.	92
b- La spécialité légale et les personnes morales à vocation économique.	92
B- Le principe de spécialité statutaire et la personne des fondateurs.	96
II- Les conditions tenant à la personne des destinataires de l'acte.	97
A- La condition de pérennité.	97
a- La validité de l'obligation d'affectation pérenne mise à la charge de l'accipiens.	97
b- La survie de l'obligation d'affectation au décès de l'accipiens.	98
B- Les conditions de validité.	100
a- Le principe de spécialité.	101

α- Le champ d'application du principe.	101
β- La sanction de l'inobservation du principe de spécialité.	102
b- Exposé des règles de capacité de recevoir à titre gratuit.	107
α- La capacité de recevoir à titre gratuit des associations simplement déclarées et des congrégations non reconnues.	107
β- La capacité de recevoir à titre gratuit des personnes morales de droit public ou de droit privé sous tutelle étatique.	109
c- L'assouplissement des règles de capacité par la jurisprudence.	126
Paragraphe II- Les conditions tenant à l'objet de l'acte de fondation.	139
A- Perpétuité et modalités tenant aux biens affectés.	140
a- Perpétuité et nécessité d'un capital productif de revenus.	140
b- Perpétuité et nature des biens affectés.	143
B- Perpétuité et statut des biens affectés.	144
CHAPITRE II- AFFECTATION DE BIENS PAR CREATION D'UNE PERSONNE MORALE NOUVELLE.	154
SECTION I- DETERMINATION DES PERSONNES CONCERNEES.	164
Paragraphe I- La nature juridique de la personne morale créée.	164
Paragraphe II- La personne des fondateurs.	169
SECTION II- ETUDE DU PROCEDE CREATEUR DE LA FONDATION RECONNUE D'UTILITE PUBLIQUE.	172
SOUS-SECTION I- LA VOLONTE DU FONDATEUR.	174
Paragraphe I- L'engagement de garantir des ressources à perpétuité.	177
Paragraphe II- Analyse de l'acte de dotation.	180
I- Analyse de l'acte de dotation effectué du vivant du disposant.	180
A- Le transfert direct de la dotation.	182
a- Nature juridique de l'acte de dotation émanant de personnes publiques.	183
b- Nature juridique de l'acte de dotation émanant de personnes physiques ou morales de droit privé : offre de donation.	184
B- Le transfert indirect de la dotation.	190
II- Analyse de l'acte de dotation fait par testament.	192
A- Rappel de l'état du Droit antérieur à la loi du 4 juillet 1990.	193
B- La reconnaissance législative de la validité du legs à fondation future.	196
a- Les avantages du legs direct à personne morale future par rapport au legs avec charge de fonder.	197
α- la personne en charge de la création de la fondation n'est pas une personne interposée.	201
β- la personne en charge de la création de la fondation est un mandataire du <i>de cujus</i> et non un légataire véritable.	202
b- Les incertitudes du mécanisme du legs direct à personne morale future.	206
SOUS-SECTION II- LA RECONNAISSANCE D'UTILITE PUBLIQUE.	210
Paragraphe I- Procédure de la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre.	212
Paragraphe II- Les conditions de la reconnaissance d'utilité publique.	218
A- L'utilité publique du projet.	218
B- Des ressources garanties à perpétuité.	219
C- L'adoption de statuts conformes aux statuts-types.	220

<i>SECTION III- LA SPECIFICITE DU MECENAT D'ENTREPRISE : ETUDE DU PROCEDE</i>	
<i>CREATEUR DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.-----</i>	<i>222</i>
Paragraphe I- La personne des fondateurs. -----	223
Paragraphe II- Qualification de l'acte créateur d'une fondation d'entreprise. -----	225
A- Nature juridique de la dotation initiale. -----	227
B- Nature juridique du programme d'action pluriannuel. -----	229
Paragraphe III- L'autorisation étatique en matière de fondation d'entreprise. -----	231
A- La procédure d'autorisation administrative des fondations d'entreprise. -----	232
B- Les conditions d'obtention de l'autorisation administrative. -----	234
TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DES PROCEDES CREATEURS DE FONDATIONS ET	
PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS.-----	238
CHAPITRE I- DES IMPLICATIONS DE LA FINALITE DE L' AFFECTATION SUR LES PROCEDES CREATEURS. ----	239
<i>SECTION I- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET QUALITE DES</i>	
<i>PERSONNES CONCERNEES PAR LA CREATION DE FONDATIONS AUTONOMES. -----</i>	<i>241</i>
Paragraphe I- La participation des personnes publiques à la création de fondations reconnues d'utilité publique.-----	241
Paragraphe II- L'accès des fondations d'entreprise aux personnes physiques. -----	243
<i>SECTION II- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET ATTEINTES A LA</i>	
<i>LIBERTE POUR LE FONDATEUR DE DISPOSER DE SES BIENS. -----</i>	<i>245</i>
Paragraphe I- La réserve successorale, limite légale à la liberté de fonder. -----	245
A- Examen de la proposition de soustraire les libéralités aux fins de création de fondations aux règles de la	
réduction. -----	247
B- Examen de la proposition de modification des modalités de réduction des libéralités aux fins de création	
de fondations excédant la quotité disponible. -----	250
Paragraphe II- La « réserve administrative », limite administrative à la liberté de fonder. -----	251
<i>SECTION III- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET TRAITEMENT</i>	
<i>JURIDIQUE DES BIENS AFFECTES. -----</i>	<i>253</i>
Paragraphe I- De l'opportunité du maintien du procédé d'affectation de biens par capitalisation. -----	253
Paragraphe II- La nature des biens susceptibles d'être affectés : éléments d'appréciation.-----	256
Paragraphe III- Appréciation du traitement fiscal des biens affectés.-----	258
<i>SECTION IV- CONSIDERATION DE LA FINALITE DE L'AFFECTATION ET CONTROLE</i>	
<i>ADMINISTRATIF PREALABLE A LA CREATION DE FONDATIONS. -----</i>	<i>260</i>
<i>SOUS-SECTION I- LES INCONVENIENTS DU CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE. -----</i>	<i>261</i>
<i>SOUS-SECTION II- LES JUSTIFICATIONS DU CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE. -----</i>	<i>262</i>
Paragraphe I- La légalité de la soumission des fondations à un contrôle administratif préalable. -----	262
Paragraphe II- Les fondements de l'autorisation préalable. -----	264
A- Présentation des justifications traditionnelles de l'intervention étatique. -----	264
a- Les inconvénients d'ordre économique de la fondation : l'accumulation de biens de mainmorte. -----	265
b- Le danger politique de la fondation : la naissance de pouvoirs concurrents à l'autorité étatique. -----	266
c- La perpétuité d'une personne juridique est une prérogative étatique. -----	266
B- Les justifications véritables du contrôle administratif. -----	268
a- La protection de l'intérêt général.-----	270

b- La protection de l'intérêt de la fondation-personne morale. -----	273
<i>SOUS-SECTION III- CARACTERES ET MISE EN OEUVRE DU CONTROLE ADMINISTRATIF.</i> -----	275
Paragraphe I- Les caractères de l'autorisation administrative. -----	275
Paragraphe II- La mise en œuvre de l'autorisation administrative. -----	278
CHAPITRE II- EXISTENCE D'UNE AFFECTATION DE BIENS ET ACTE DE FONDATION : APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE DE CONSACRER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE.-----	287
<i>SECTION I- DE L'OPPORTUNITE D'INSTITUER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE POUR LA CREATION DES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.</i> -----	288
Paragraphe I- Rappel des lacunes du droit positif.-----	288
Paragraphe II- Les solutions. -----	290
I- Les solutions envisageables. -----	290
A- Examen de l'introduction en Droit français d'un acte unilatéral d'affectation. -----	290
B- Le recours à un intermédiaire de transmission comme mécanisme de substitution à la technique de la libéralité avec charge.-----	295
a- Compatibilité de la fiducie-libéralité avec le droit de propriété. -----	298
b- Fiducie-libéralité et notion de fondation. -----	301
II- La solution proposée. -----	304
A- Présentation de la fondation de France. -----	304
B- Les avantages de la Fondation de France.-----	306
a- Les avantages d'ordre théorique du recours à la Fondation de France.-----	307
b- Les avantages pratiques du recours à la Fondation de France. -----	311
<i>SECTION II- DE L'OPPORTUNITE D'INSTITUER UN ACTE DE FONDATION SPECIFIQUE POUR LA CREATION DE FONDATIONS PERSONNALISEES.</i> -----	312
Paragraphe I- Proposition d'amélioration des fondations créées du vivant du fondateur. -----	313
Paragraphe II- Les améliorations nécessaires à la création de fondations post-mortem. -----	325
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE-----	336
DEUXIEME PARTIE-----	339
LA VIE ET LA DISPARITION DES FONDATIONS -----	339
TITRE I- EXPOSE DU DROIT POSITIF. -----	341
CHAPITRE I- REGLES DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES. -----	342
<i>SECTION I- FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.</i> -----	342
Paragraphe I- Nature et étendue des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés. -----	342
A- La nature des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés. -----	343
B- L'étendue des prérogatives de l'affectataire sur les biens affectés.-----	343
Paragraphe II- Les limitations à la liberté d'action de l'affectataire dans l'exercice de l'activité d'intérêt général. -----	344
Paragraphe III- Les garanties d'exécution de l'affectation. -----	345
A- La protection du « patrimoine fondatif » contre les créanciers de l'affectataire. -----	345
B- Les moyens d'action du fondateur ou de ses héritiers contre les faits d'inexécution de l'affectataire.-----	348
a- La protection du « patrimoine fondatif » par l'insertion d'une clause d'inaliénabilité. -----	348

b- Les moyens légaux offerts au fondateur ou à ses héritiers pour préserver l'affectation.-----	350
C- Le droit des tiers bénéficiaires de la charge.-----	359
SECTION II- FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS RECONNUES D'UTILITE PUBLIQUE.-----	362
Paragraphe I- La structure de la fondation reconnue d'utilité publique au service de la pérennisation d'une œuvre d'intérêt général : entre droit public et droit privé.-----	363
A- L'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique.-----	363
a- La composition du Conseil d'administration.-----	364
b- Les attributions du Conseil d'administration.-----	367
c- Le statut des administrateurs.-----	370
B- Le patrimoine de la fondation reconnue d'utilité publique : des moyens matériels importants.-----	372
a- Détermination des ressources annuelles de la fondation.-----	372
b- Le régime fiscal des fondations reconnues d'utilité publique.-----	376
α-. Les impôts et taxes applicables aux fondations reconnues d'utilité publique n'exerçant aucune activité lucrative.-----	376
β- Les impôts et taxes applicables aux fondations reconnues d'utilité publique se livrant à une activité lucrative.-----	380
C- Les contrôles de l'activité de la fondation reconnue d'utilité publique.-----	389
D- Les limites à l'affectation pérenne : les cas de dissolution ou l'impératif de réalisme.-----	399
Paragraphe II- Les fondations reconnues d'utilité publique au service d'autres formes de mécénat : le rôle de pôle de mécénat.-----	409
A- Vocation des fondations reconnues d'utilité publique à ouvrir et gérer des comptes d'associations.-----	409
B- Vocation des fondations reconnues d'utilité publique à héberger des fondations non personnalisées.-----	411
C- Vocation de la fondation reconnue d'utilité publique à chapeauter un secteur du mécénat : l'exemple de la Fondation du patrimoine.-----	412
CHAPITRE II- REGLES DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DES FONDATIONS D'ENTREPRISE.-----	414
SECTION I- PRESENTATION DU DISPOSITIF INSTITUTE PAR LA LOI DU 4 JUILLET 1990.-----	415
Paragraphe I- Les concessions faites aux entreprises mécènes.-----	415
A- Le financement « sur mesure » de la fondation d'entreprise.-----	415
B- La mainmise des entreprises sur leur fondation d'entreprise.-----	418
a- L'organisation de la fondation d'entreprise.-----	418
b- Le fonctionnement de l'instance décisionnelle de la fondation d'entreprise.-----	422
c- La tutelle administrative des fondations d'entreprise : une tutelle allégée.-----	424
d- La dissolution programmée de la fondation d'entreprise.-----	426
Paragraphe II- Les contreparties.-----	429
A- La capacité juridique restreinte de la fondation d'entreprise.-----	430
B- Les mesures de contrôle spécifiques à la fondation d'entreprise.-----	430
C- La dénomination spécifique de la fondation d'entreprise.-----	433
SECTION II- ACCUEIL DU DISPOSITIF LEGISLATIF : DES RESULTATS DECEVANTS.-----	434
TITRE II- APPRECIATION CRITIQUE DU DROIT POSITIF ET PROPOSITIONS D'AMELIORATIONS.-----	438
CHAPITRE I- INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT DES FONDATIONS PERENNES ET PROPOSITIONS DE REMEDES.-----	439

<i>SECTION I- LES FONDATIONS NON PERSONNALISEES.</i>	439
Paragraphe I- Les entraves au fonctionnement des fondations non personnalisées.	439
Paragraphe II- Démonstration de la prééminence de la Fondation de France.	440
A- la protection du patrimoine fondatif.	441
B- L'exécution fidèle des volontés du fondateur.	442
C- La permanence de l'affectation.	443
<i>SECTION II- LA FONDATION RECONNUE D'UTILITE PUBLIQUE.</i>	444
Paragraphe I- Des ressources de la fondation reconnue d'utilité publique.	445
A- De l'admission de la licéité de l'exercice d'activités lucratives.	445
B- La fiscalité des ressources de la fondation.	452
Paragraphe II- Du devenir des modalités de contrôle sur la vie des fondations.	455
I- Le devenir de la tutelle administrative des fondations.	456
A- Le fondement du contrôle interne des fondations.	456
a- La participation de l'Etat au Conseil d'administration de la fondation : une forme de contrôle à but de police.	456
b- La participation de l'Etat au Conseil d'administration de la fondation : illustration du contrôle moderne de l'Etat sur les organismes d'intérêt général.	457
B- Essai d'appréciation du contrôle interne des fondations.	458
C- Système de remplacement proposé.	459
a- La simplification et la clarification nécessaires des mesures de contrôle a priori.	460
b- L'intensification souhaitable des mesures de contrôle a posteriori.	463
II- Le devenir des autres formes de contrôle sur les fondations.	470
Paragraphe III- L'organisation de la fondation reconnue d'utilité publique : la préservation d'un équilibre entre libéralisme et institutionnalisation.	472
Paragraphe IV- Les améliorations nécessaires du mécanisme de dissolution de la fondation reconnue d'utilité publique.	479
CHAPITRE II- INADAPTATIONS DU REGIME DE FONCTIONNEMENT ET DE DISSOLUTION DE LA FONDATION D'ENTREPRISE ET PROPOSITIONS DE REMEDES.	482
<i>SECTION I- LA CAPACITE FINANCIERE DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.</i>	482
<i>SECTION II- LE DISPOSITIF ORGANISATIONNEL DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.</i>	483
<i>SECTION III- LE CONTROLE DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.</i>	485
<i>SECTION IV- LE MECANISME DE DISSOLUTION DE LA FONDATION D'ENTREPRISE.</i>	486
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	491
CONCLUSION GENERALE	493
<i>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</i>	498
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	501
INDEX ALPHABETIQUE	535

